This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 930 480

Das

Vormundschaftsrecht

Niederösterreichs

vom sechzehnten Jahrhundert bis zum Erscheinen des Josefinischen Gesetzbuches.

Dargestellt von

Carl (Grafen) Chorinsky,

k. k. Landesgerichtsrath in Wien.

Wien, 1878.

Alfred Hölder,

k. k. Hof- und Universitäts-Buchhändler,

Rothenthurmstraße 15.

914

For 1^
C

REDLICH
616060
MAY 29,1941

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Vorrede VII
Vorerinnerung 1
Einleitung.
1. Rechtsquellen 10
2. Feststellung und Eintheilung des Stoffes 24

I. Hauptstück.

Altersvormundschaft.

I. Capitel Altersstermine.
1. Gemeines Recht 34
2. Oesterreichisches Recht bis zum 16. Jahrhunderte 37
3. Oesterreichisches Recht des 16. Jahrhunderts bis zu der Reform Maria Thereſiens 39
4. Gesetzliche Bestimmungen unter Maria Thereſia und Kaiser Josef 44
II. Capitel. Der Schutz der Minderjährigen.
1. Einleitung 53
2. Der Vormund 57
3. Die Familie 60
4. Die Obervormundschaft 64
III. Capitel: Begründung und Entstehung der Altersvormundschaft.
1. Rechtsgrund und Delation der Altersvormundschaft 74
a) Testamentarische Vormundschaft 76
b) Gesetzliche Vormundschaft 83
aa) Der Mutter, Großmutter und Urgroßmutter 84
bb) Gesetzliche Vormundschaft der nächsten Verwandten . . . 88
cc) Gesetzliche Vormundschaft des Ehemannes über seine minderjährige Frau 95
c) Richterlich bestellte Vormundschaft 96
2. Ausschließungsgründe, Excusationsgründe, Streit um die nähere Pflicht und um das nähere Recht zur Vormundschaft 102
3. Obrigkeitliche Confirmation der Vormünder 119
4. Recht und Verpflichtung, Vormünder vorzuschlagen (petitio voluntaria et necessaria) 124
5. Bestellung mehrerer Vormünder 131
a) Berufung, beziehungsweise Bestellung mehrerer ordentlicher Vormünder 131
b) Berufung von Mitgerhaben neben dem Vater, der Mutter und Großmutter 137

646800

Seite

c) Berufung von Vormündern für einzelne Vermögensmassen oder zur Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte 139
IV. Capitel. Antretung der Vormundschaft 145
1. Antretung der Vormundschaft und Ausstellung des Vormundschaftsdecretes 146
2. Von der Angelobung der Vormünder 148
3. Von der Sicherstellung des Mündels durch den Vormund . . . 150
4. Von der Inventurserrichtung über das Vermögen des Mündels . 155
V. Capitel. Sorge für die Person des Mündels.
1. Einleitung 163
2. Erziehung des Mündels überhaupt; Religion, Aufenthaltsort und Berufswahl des Mündels insbesondere 168
3. Eheschließung des Mündels 177
4. Eintritt des Mündels in ein Kloster und in den geistlichen Stand 193
5. Der Waisendienst der unterthänigen Waisen (famulatus) 197
VI. Capitel. Vertretung des Mündels durch den Vormund. Einwilligung des Vormundes in die Rechtsgeschäfte des Mündels 201
1. Rückblick auf das römische Recht 202
2. Rückblick auf das deutsche Recht 204
3. Oesterreichisches Recht 205
a) Rechtsentwickelung bis zur Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 206
b) Rechtsentwickelung nach der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 216
c) Nach dem Rechte des 18. Jahrhunderts bis zum Josefinischen Gesetzbuche 223
d) Nach dem Josefinischen Gesetzbuche 230
VII. Capitel. Verwaltung des Vermögens des Mündels.
1. Vorerinnerung 233
2. Rückblick auf das römische Recht 235
3. Rückblick auf das deutsche Recht 237
4. Oesterreichisches Recht.
a) Vom 16. Jahrhunderte bis zur Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669.
aa) Rechte und Verpflichtungen des Vormundes im Allgemeinen 239
bb) Von den Rechten und Pflichten des Vormundes in Beziehung auf die Verwaltung des Mündelvermögens insbesondere . . 245
b) Bestimmungen der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 255
c) Im 18. Jahrhunderte bis zum Josefinischen Gesetzbuche . . . 262
d) Nach der Josefinischen Gesetzgebung 267
VIII. Capitel. Vormundschaftsrechnung und Waisenbuch.
1. Einleitung 274
2. Rückblick auf das römische und gemeine deutsche Recht 275
3. Oesterreichisches Recht.
a) Bis zur Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 . . . 277
b) Nach der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 . . . 282
c) Nach dem Rechte des 18. Jahrhunderts bis zum Josefinischen Gesetzbuche 288
d) Nach dem Gesetze Kaiser Josef's II. 291
IX. Capitel. Beendigung der Altersvormundschaft.
1. Gründe einer völligen Beendigung der Altersvormundschaft.
a) Durch den Tod des Mündels 295
b) Durch Erreichung des vorgeschriebenen Alters 296
c) Durch Ertheilung der Altersnachsicht 299
d) Durch Verehelichung des Mündels 301

Seite

e) Durch den Eintritt des Mündels in den geistlichen Stand oder durch Ablegung der Ordensprofession 303
f) Durch die Erlangung des Meisterrechtes 304
2. Endigung der Vormundschaft in der Person des bisherigen Vormundes.
a) Durch den Tod des Vormundes 305
b) Durch Unfähigkeit des Vormundes 306
c) Durch den Eintritt eines Endtermines oder eine Resolutivbedingung 306
d) Durch Wiederverehelichung der als Vormünderin bestellten Mutter oder Großmutter 308
e) Durch Verehelichung einer minderjährigen Frau mit einem volljährigen Manne 309
f) Durch Adoption des Mündels 309
g) Durch ein Decret der Obervormundschaft wegen Unwürdigkeit des Vormundes 310
h) Entsetzung des Vormundes aus anderen Gründen 314
3. Von der Wirkung der beendeten Vormundschaft 315
X. Capitel. Klagen aus dem vormundschaftlichen Verhältnisse. Restitution wegen Minderjährigkeit.
1. Klagen des Mündels gegen den Vormund 320
2. Klagen des Vormundes gegen den Mündel 329
3. Klagen des Mündels gegen die Obervormundschaft (actio subsidiaria) 331
4. Wiedereinsetzung des Mündels in den vorigen Stand (restitutio in integrum) 334
XI. Capitel. Privilegien und Pfandrechte der Mündel . . . 335
XII. Capitel. Belohnung der Vormünder und der Rechnungsaufnehmer 346
XIII. Capitel. Rückblick auf die Entwickelung der österreichischen Altersvormundschaft 349

II. Hauptstück.

Vormundschaft über Geisteskranke und über Gebrechliche 355

III. Hauptstück.

Vormundschaft über Verschwender 361

IV. Hauptstück.

Vormundschaft über Angeborne 365

V. Hauptstück.

Vormundschaft über Abwesende 367

VI. Hauptstück.

Väterliche Vormundschaft.

Einleitung 373
I. Capitel. Natur der väterlichen Gewalt und Vormundschaft.
1. Rückblick auf das gemeine deutsche Recht. 374
2. Oesterreichisches Recht 376
II. Capitel. Entstehung der väterlichen Gewalt und Vormundschaft.
1. Durch eheliche Geburt des Kindes 378
2. Durch Legitimation des Kindes 382
3. Durch Annahme an Kindesstatt 385

*

Seite

III. Capitel. Endigung der väterlichen Gewalt und Vormundschaft.
1. Rückblick auf das gemeine deutsche Recht 390
2. Nach österreichischem Rechte 391
a) Durch Volljährigkeit des Kindes, venia aetatis, Verehelichung, Ablegung der Ordensprofeß und Erlangung des Meisterrechtes 392
b) Durch gerichtliches Decret wegen Unwürdigkeit des Vaters . 395
c) Durch Emancipation und Absonderung der Hauskinder . . . 396

IV. Capitel. Inhalt und Wirkung der väterlichen Vormundschaft.
1. Nach gemeinem deutschen Rechte 398
2. Nach österreichischem Rechte 400

V. Capitel. Andere aus der väterlichen Gewalt fließende Wirkungen 408

VII. Hauptstück.

Geschlechtsvormundschaft über uneheliche Weiber 417

VIII. Hauptstück.

Vormundschaft des Ehegatten über seine Ehefrau.

1. Einleitung. Rückblick auf das gemeine deutsche Recht 428
2. Oesterreichisches Recht.
a) Bis zu Kaiser Josef's II. Gesetzgebung 432
b) Nach dem Josefinischen Gesetzbuche 440

Vorrede.

„Vivunt praeterea sine ulla lege scripta, mores ajunt se tenere vetustos, quos saepe ad suum sensum vel adducunt vel interpretantur."

Mit diesen kurzen Worten hatte Aeneas Sylvius in seiner „Descriptio Urbis Viennensis" den Rechtszustand Wiens im 15. Jahrhunderte beschrieben, und er hatte mit seinem Ausspruche so sehr den Nagel auf den Kopf getroffen, daß noch nach zweihundert Jahren der berühmte österreichische Regierungskanzler Johann Baptist Suttinger von Thurnhof sich bewogen fand, dieses Citat aus Aeneas Sylvius' Werke seiner Sammlung der österreichischen Rechtsgewohnheiten einzuverleiben.

Was der gelehrte und geistreiche Kirchenfürst über den Rechtszustand Wiens geschrieben hatte, konnte mit gleicher Wahrheit von dem Erzherzogthume Oesterreich im Allgemeinen gesagt werden; Gewohnheiten und nicht Gesetze waren die Quellen des heimischen Rechtes im 15. Säculum; aus dem mündlich überlieferten und vielfach nicht einmal schriftlich aufgezeichneten Landsbrauche und nicht aus geschriebenen Gesetzen wurde das Recht im Erzherzogthume Oesterreich zu dieser Zeit zumeist gefunden.

Drei Jahrhunderte später hatte sich das Verhältniß von Grund aus umgeändert; Kaiser Josef II. hatte im Jahre 1786 erklärt, daß nur von der dem Landesfürsten eigenen obersten Gewalt die Verbindlichkeit aller in dem ordentlichen Wege kundgemachten Gesetze entspringe, und nur consequent mit dieser Erklärung war decretirt worden, daß gegen die Gesetze keine Gewohnheit bestehen dürfe, daß alle vor dem erlassenen

Gesetze bestandenen Gewohnheiten aufgehoben werden und daß die zukünftige Einführung solcher Gewohnheiten ein sträfliches Beginnen sei.

Von nun angefangen sollte nur Gesetzesrecht mit Ausschluß des Gewohnheitsrechtes gelten.

Die dreihundert Jahre österreichischen Rechtslebens, welche zwischen diesen beiden großen Gegensätzen liegen — die Zeiten vom Ende des 15. bis zum Ausgange des 18. Jahrhunderts — sind in neuerer Zeit nahezu gar nicht bearbeitet worden; es verdient ja die vollste Anerkennung, daß gelehrte Rechtshistoriker dem österreichischen Rechte des 12., 13. und 14. Jahrhunderts so genau nachforschen, die Panthaidingbücher bearbeiten und die Stadtrechte emsig studiren; es muß auch als ein Glück angesehen werden, daß die neueste Zeit nicht mehr bei dem Resultate der Codification stehen blieb, sondern dem Gange der Codificationsarbeiten so gründlich nachging; allein dies konnte die Lücke nicht ersetzen, welche dadurch entstanden war, daß eben die in der Mitte liegende Zeit so wenig wissenschaftliche Bearbeitung gefunden hatte und daß eben dadurch die Fäden meist verloren gegangen waren, welche die Codification mit dem alten Rechte verbunden hatten.

Die große Lücke, deren ich erwähnte, wird aber nicht vom Rechtshistoriker und vom Theoretiker allein schwer empfunden; auch dem österreichischen praktischen Juristen geschieht es nicht allzuselten, daß er vollkommen rathlos sich der Beurtheilung des älteren Rechtes gegenübergestellt sieht, und wenn ich gestehe, daß ich in meiner richterlichen Laufbahn selbst wiederholt mich in solcher Rathlosigkeit befunden habe, so muß ich gleichzeitig hinzufügen, daß ich auch bei meinen richterlichen Berufsgenossen und zumeist auch nicht im Anwaltsstande eine erheblich größere Kenntniß des älteren österreichischen Rechtes angetroffen habe.

Freilich muß ich zugeben, daß die Erkenntniß meiner Unwissenheit allein mich noch nicht zu rechtshistorischen Studien auf dem Gebiete des heimischen Rechtes vermocht hätte, weil wirklich der Anfang gerade in dieser Beziehung so schwer zu machen war und auch nicht ein einziges Werk bestand, welches in angenehmer Weise zum Studium des älteren österreichischen Rechtes hinübergeleitet hätte.

Unerwartet ergaben sich aber zwei äußere Anlässe, welche mich nöthigten, die österreichische Rechtsentwicklung der letzten drei Jahrhunderte genauer zu studiren; zuerst wurde ich durch einen praktischen Fall darauf gewiesen, das alte österreichische Retracts- und Einstandsrecht genauer in's Auge zu fassen, und als ich vor zwei Jahren meine erhöhte Aufmerksamkeit der Pflege der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuwendete und folgerichtig mich mit dem Institute der Verlassenschaftsabhandlung eingehend beschäftigen mußte, fühlte ich erst so ganz die Nothwendigkeit, ein österreichisches Rechtsinstitut aus österreichischen Quellen zu erklären und wendete mich mit Vorliebe dem Studium des heimischen Rechtes der drei letzten Jahrhunderte zu.

Noch während ich mit der Ausarbeitung meiner Schrift über das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich beschäftigt war, hatte ich den Plan gefaßt, das Vormundschaftsrecht Oesterreichs in den letzten drei Jahrhunderten nach den Quellen zu bearbeiten, und die unerwartet freundliche und gütige Aufnahme, welche meine erste rechtshistorische Arbeit gefunden hatte, ermuthigte mich, dem Vorsatze treu zu bleiben.

Es wäre mir nicht im Entferntesten möglich gewesen, an die Bearbeitung des umfassenden Stoffes heranzutreten, wenn ich nicht in der Lage gewesen wäre, die nothwendigsten Quellenwerke zu erlangen; der freundliche Zutritt, der mir zu der Hofbibliothek, zu den Bibliotheken der Universitäten Wien und Graz, zu den Sammlungen des juridisch-politischen Lesevereines und des Justizministeriums und zu dem Archive des obersten Gerichtshofes gestattet worden war, und die Güte mehrerer Freunde, welche mir außerdem noch ihre Bücherschätze zur Disposition gestellt hatten, setzten mich in den Stand, über ein relativ großes Quellenmateriale zu verfügen, dessen Inhalt noch eine sehr geringe Verbreitung gefunden hatte.

Ich glaubte nur meine Pflicht zu erfüllen, wenn ich im Besitze eines so reichen Stoffes vor Allem den Zweck mir vor Augen hielt, den Blick der heimischen Juristen auf die österreichischen Rechtsquellen zu lenken und nach meinen schwachen Kräften zur Anregung eines gründlichen Studiums beizutragen.

Dieser von mir stets vor Augen gehaltene Zweck mußte den Charakter der Schrift selbst wesentlich beeinflussen, ja ich sah mich genöthigt, diesem obersten Zwecke gegenüber manche andere Eigenschaften, welche ich meiner Arbeit gerne gewünscht hätte, in den Hintergrund zu stellen.

Ich glaubte demnach am besten meiner Aufgabe zu entsprechen, wenn ich meiner Arbeit so viel als möglich Quellenstellen aus den bisher wenig oder gar nicht bezogenen österreichischen Gesetzen und aus unbekannten wissenschaftlichen Werken einverleibte, und wenn ich durch die schnelle Publicirung des gesammelten Stoffes andere, sicher tüchtigere Kräfte anregen könnte, dem als nothwendig erkannten Ziele zuzustreben.

In ersterer Beziehung glaubte ich leichter zu wenig als zu viel thun zu können, und wenn der geneigte Leser wiederholt finden wird, daß ich im Texte und namentlich in den Noten über die Grenzen des Stoffes hinausgegriffen habe, so wird er den Fehler und den Verstoß gegen die innere Anordnung der Arbeit mit Nachsicht beurtheilen und auf mein gut gemeintes Streben zurückführen, für die Verbreitung des bisher gar nicht oder nur wenig gekannten Materiales Sorge zu tragen.

Die Raschheit der Arbeit, auf welche ich aus dem gleichen Grunde ein so großes Gewicht legen mußte, durfte zwar in keiner Weise so weit gehen, den Zusammenhang der österreichischen Rechtsentwicklung mit dem römischen Rechte und mit der gleichzeitigen Rechtsentwicklung in Deutschland auch nur einen Augenblick zu vernachlässigen; andererseits wird es der Leser nunmehr begreiflich finden, wenn ich in meinen diesbezüglichen Citaten wesentlich nicht weiter gegangen bin, als die Quellenwerke Rudorff's und Kraut's zu beziehen.

Denn einerseits ist Jedermann leicht in der Lage, sich diese Werke der modernen Literatur zu verschaffen, wo er dann an den bezogenen Stellen die entfernter liegenden Quellen des römischen und deutschen Rechtes nachsehen kann; andererseits mußte es mir widerstreben, ein Werk mit solchen Citaten und Belegstellen zu versehen, deren gründliche und selbstständige Verarbeitung mir in kürzerer Zeit unmöglich gewesen wäre.

Der Zweck, nützlich zu sein und zur Verbreitung von Kenntnissen beizutragen, hat mich denn veranlaßt, zur Publication einer Arbeit zu schreiten, welche auf Originalität rücksichtlich des römischen und gemeinen deutschen Rechtes auch nicht den geringsten Anspruch erhebt.

Weitaus eher hätte mich ein anderer Umstand veranlaßt, mit der begonnenen Arbeit innezuhalten und zu einer Publication erst nach mehreren Jahren mühsamen Studiums zu schreiten.

Kaum waren meine Forschungen so weit vorgeschritten, daß ich den Plan meiner Arbeit festgestellt hatte und zur Publication der ersten drei bis vier Aufsätze in der „Notariatszeitung" geschritten war, als mich Se. Excellenz der Herr Minister Dr. Josef Unger mit der gütigen Mittheilung überraschte, mir seine auf das Vormundschaftsrecht Oesterreichs bezugnehmenden Quellensammlungen zur Verfügung zu stellen.

Mit dem wärmsten Danke empfing ich die Manuscripte und überzeugte mich bald, daß das gesammte Quellenmateriale einer Geschichte des österreichischen Vormundschaftsrechtes von dem großen Rechtslehrer gesammelt worden war; nicht nur fand ich die Mehrzahl der Stellen wieder, welche ich mühsam für die drei letzten Jahrhunderte der Entwicklung des speciell österreichischen Rechtes zusammengetragen hatte, sondern ich entdeckte darin auch die Excerpte aus den Quellen des böhmischen und mährischen Rechtes, die Gesetze und Gewohnheiten Steiermarks, Kärntens und Krains, Nord- und Südtirols und Dalmatiens.

Unger's Quellenmateriale reichte nicht nur bis in die ältesten Zeiten zurück, sondern er hatte auch Erzeugnisse der schönen Literatur und der Poesie überall herbeigezogen und seine Forschungen vertieften sich in das Studium des griechischen, römischen und des alten, mittleren und neuen deutschen Vormundschaftsrechtes.

Der österreichische Jurist wird es lebhaft bedauern müssen, daß die ordnende Hand des Meisters in den gesammelten und zurechtgelegten Stoff nicht eingegriffen hat und daß der Bau nicht vollendet wurde, dessen Werksteine bereits bearbeitet vorlagen.

Es gehörte aber wahrhaft nur ein geringes Quantum Selbstkenntniß von meiner Seite dazu, um zu fühlen, daß ich — wenn überhaupt jemals — in jedem Falle erst nach langen Jahren mühsamen Studiums befähigt wäre, in den Plan des großen Werkes einzutreten und meine Berufsthätigkeit — der ich die Zeit für die kleinere Arbeit nur mit Mühe abringen konnte — mußte es mir stets als ungewiß erscheinen lassen, ob ich auch wirklich dazu kommen könne, an die große Arbeit mit Aussicht auf Erfolg heranzutreten.

Ich entschloß mich daher, die Manuscripte des gelehrten Forschers vorläufig einem genauen Studium zu unterziehen, um mich vielleicht für kommende Zeiten zu einer größeren Arbeit zu befähigen, glaubte aber, mich durch den großen Vorsatz von der kleineren Arbeit nicht abschrecken lassen zu sollen.

Auf die von mir in meinem Werke aus den Quellen gezogenen Argumente lege ich das geringere Gewicht, als — wie bereits gesagt — auf Anregung zum Studium österreichischer Rechtsgeschichte und auf Verbreitung bisher noch nicht publicirter Quellenstellen.

Denn eben in den rechtshistorischen Untersuchungen mag ich sehr oft geirrt und gefehlt haben, da mir ja jede Anleitung in dieser Beziehung fehlte und ich auch in den Schriften Sr. Excellenz des Ministers Dr. Unger allerdings den gesammelten mächtigen Stoff, aber noch keine Andeutungen zu dessen Beurtheilung und Bearbeitung vorfand.

Wenn ich zum Schlusse noch versichere, daß patriotische Gesinnung mich stets bei meiner allerdings mühsamen Arbeit geleitet hat, meine Kräfte einem schwierigen Unternehmen zu weihen, so bin ich auch nunmehr berechtigt, mich aus einem doppelten Grunde auf den Satz zu berufen:

„In magnis voluisse sat est!"

Schloß Matzen in Niederösterreich, 18. October 1877.

Carl Graf Chorinsky.

Vorerinnerung.

Wie Pfaff und Hofmann in ihrem jüngst erschienenen Commentare zum bürgerlichen Gesetzbuche ganz richtig hervorheben, beginnt erst zu Josef II. Zeiten der Faden zu zerreißen, der bis dahin das österreichische Recht mit dem gemeinen verbunden hatte.

An diese Bemerkung lassen sich weitere Gedanken anknüpfen.

Denn nicht blos in das gemeine deutsche und römische Recht laufen die Fäden aus dem österreichischen Rechte zurück, sondern an der Hand eben dieser Fäden gelangt man auch vielfach in das österreichische Particularrecht, oder, richtiger gesagt, in die Particularrechte der die österreichische Monarchie constituirenden Königreiche und Länder.

Freilich besteht da ein großer Unterschied; die Spuren des gemeinen römischen und deutschen Rechtes liegen im österreichischen Gesetze am Tage; die einzelnen Rechtsinstitute tragen den ganzen Zuschnitt der gemeinrechtlichen Doctrin, welche zur Zeit der Erlassung des bürgerlichen Gesetzbuches gang und gäbe war, und sobald ein gemeinrechtlich gebildeter Civilist, ausgerüstet mit dem Apparate der modernen wissenschaftlichen Forschung, sich der systematischen Bearbeitung des österreichischen Civilrechtes zuwendete, mußte eben dieser Eine große Zusammenhang sich ergeben und dargelegt werden.

Anders verhält es sich mit den Spuren der einzelnen österreichischen Particularrechte; diese Spuren lagen die längste Zeit versteckt und verborgen, sie sind zum größten Theile auch heute noch nicht aufgedeckt, und die angestrengtesten Bemühungen hat es gekostet, um auch nur in einzelnen Rechtsinstituten den Zusammenhang von Bestimmungen des geltenden Rechtes mit den particulären Landesrechten nachzuweisen.

Auf Beispiele zu verweisen ist nicht schwer; man denke nur an die Verlassenschaftsabhandlung und an die Pfandrechtspränotation und stelle sich nun recht lebhaft vor, daß in erster Beziehung Unger, in der zweiten Johanny erst nach langen Forschungen die genetische Entwickelung des geltenden Rechtes aus particulärer österreichischer Wurzel sicherstellen konnten.

Und doch ist es für den österreichischen Juristen von entscheidendster Wichtigkeit, die Rechtsentwickelung auch über die Josefinische Zeit zurück zu verfolgen; gewiß trägt es zum Verständnisse des heimischen Rechtes wesentlich bei, wenn die einzelnen Particularrechte aus dem Dunkel der Vergessenheit allmälig an's Tageslicht gezogen werden.

Hätten wir auch nur eine sogenannte äußere österreichische Rechtsgeschichte, auch nur ein einigermaßen vollständiges, systematisch geordnetes Verzeichniß der österreichischen Rechtsquellen, so wäre die Lösung der Aufgabe ungleich leichter; mit Hilfe solcher Instrumente und Werkzeuge müßte die Ausarbeitung einer inneren Rechtsgeschichte bald gelingen, während derzeit diese Arbeit durch ihre Neuheit ebenso einladet, wie sie durch ihre ganz kolossale Schwierigkeit abstößt.

Ein einziges Werk ist es, welches sich mindestens die möglichst vollständige Sammlung des Stoffes einer österreichischen Rechtsgeschichte zum Ziele gesetzt hatte: wir meinen Lucca's Justizcodex. Allein dieses Werk ist nicht nur vereinzelt geblieben und derzeit nur mehr sehr wenig verbreitet, sondern es kann den Anspruch auf ein systematisches Compendium in keiner Weise erheben und noch weniger das Bedürfniß nach einem solchen entbehrlich machen.

Es ist allerdings von großem Werthe, daß Lucca größere Gesetze, wie: „die n. ö. Gerhabschaftsordnung", „den tractatus de juribus incorporalibus", „den Satz und die Ordnung des Erbrechtes außer Testament" in seinem chronologisch geordneten Verzeichnisse der österreichischen Gesetze wörtlich abgedruckt hat, daß er von anderen Gesetzen, wie von der oberösterreichischen Landesordnung, den böhmischen Stadtrechten und mehreren anderen, mindestens ein Inhaltsverzeichniß aufgenommen hat; seine Notizen und Anmerkungen, welche er einzelnen Gesetzeswerken, die er mit Datum und Namen anführt, beigefügt hat, haben ihren großen Werth, und vollends hat das durch fünf Bände fortlaufende alphabetisch geordnete Register eine ganz ausnehmende Bedeutung, da Lucca in demselben sehr wichtige Partien unter einzelnen Schlagworten, wie z. B. eine Bibliographie der österreichischen Rechtsgeschichte unter dem Schlagworte „Bibliothek", abhandelt.

Allein bei alledem ist Lucca's Werk denn doch nur ein Sammelwerk, welches allerdings die Nachforschung wesentlich erleichtert, aber auch nicht in einer einzigen Beziehung ein Lehrbuch ersetzt; ein Hilfsmittel für rechtsgeschichtliche Studien und kein Compendium der Rechtsgeschichte.

Trotz des leicht erkennbaren Abganges eines solchen Werkes ist dennoch seit Lucca's Justizcodex ein Werk mit gleicher uni-

verfeller Tendenz weder vollendet noch unternommen worden, und nur in mehr oder minder umfangreichen Detailarbeiten hat sich bisher das Streben nach einer österreichischen Rechtsgeschichte wirksam erwiesen.

Die eben bezeichnete Erscheinung mag nun allerdings theilweise die Schwierigkeiten erklären, welche jede rechtshistorische Forschung in Oesterreich begleiten; allein diese Erscheinung ist eben wieder eine Thatsache, welche verlangen darf, selbst erst erklärt zu werden; sie ist wichtig genug, um nicht als blos historisches Ergebniß registrirt, sondern einer aufmerksamen Betrachtung unterworfen zu werden.

Oder sollte es nicht auffallen, daß das bürgerliche Gesetzbuch jetzt schon durch mehr als 60 Jahre commentirt und interpretirt wurde, und daß auch nicht ein einzigesmal der Versuch unternommen wurde, den Zusammenhang der letzten Entwickelung mit dem der Codification unmittelbar vorangehenden Rechtszustande nachzuweisen? — Sollte es nicht noch mehr auffallen, daß im Jahre 1877 die Protokolle der Gesetzgebungscommission zum erstenmale im Drucke erschienen, und daß erst heute ein Commentar auf diese Rechtserkenntnißquelle vollständige Rücksicht nimmt? — Muß es nicht recht lebhaft befremden, daß der umfassendste Codificationsversuch des 18. Jahrhunderts — der Codex Theresianus — immer noch bloßes Manuscript ist und nicht zum Drucke befördert wurde?

Aber unser Interesse geht noch hinter die Codificationsarbeiten zurück, oder vielmehr: es genügen die Codificationsarbeiten, auch wenn sie alle bekannt und gedruckt wären, unseren Anforderungen nicht.

Denn nicht das allein und nicht einmal vorzüglich wollen wir sehen, was die Hofräthe und Hofcommissionsmitglieder sich als das Ideal eines neuen Rechtes gedacht haben, was sie erneuern, verbessern, was sie von dem überlieferten Rechtsstoffe abstreifen wollten, sondern was uns vorzugsweise fesselt ist das alte Recht selbst, der langsam erwachsene und erhaltene Rechtszustand, der den Codificationsbestrebungen des 18. Jahrhunderts unmittelbar vorangegangen ist, und der aus den Arbeiten der Gesetzgebungscommission unmittelbar und vollständig um so weniger wird entnommen werden können, je mehr die Mitglieder dieser Commission ihren Blick auf die Zukunft als auf die Vergangenheit und Gegenwart richten mußten.

Nicht eine Erklärung der Erscheinung ist es, wenn man auf das späte Erwachen des rechtshistorischen Studiums in Oesterreich hinweist; ebensowenig genügt die Antwort, welche die Studienpläne an den Universitäten als Erklärungsgrund herbeiholt; und auch eine Berufung auf das Natur- oder Vernunftrecht,

dem im bürgerlichen Gesetzbuche ein bleibendes Andenken gesetzt wurde, reicht nicht hin, um der Thatsache selbst auf den Grund zu sehen.

Hat denn nicht auch in Frankreich das Natur- und Vernunftrecht stark gewirkt und vielfach übel gehaust? „Waren es nicht gerade Deutschland und auch Oesterreich, welche" — nach Pfaff und Hofmann's Bemerkung — „die fürchterliche Bewegung nicht fortgeleitet haben?"

Wir wissen nichts davon zu erzählen, daß man die Zeitrechnung geändert, ein neues bürgerliches Jahr eingeführt, die ständischen Unterschiede bis auf die Benennung abgeschafft, die allgemeinen Menschenrechte proclamirt und in raschem Umschwunge eine ganze von Grund und Boden aus neue Ordnung der Dinge hergestellt hätte.

Und dennoch und trotz alledem hat Frankreich den Zusammenhang der Bestimmungen des Code civil mit dem Rechte, welches bis zur Revolution bestanden hat, deutlich erhalten; trotz alledem weiß man in Frankreich genau, auf welchen alten Gesetzen und Gewohnheiten die einzelnen Artikel des Code basiren, während eben in Oesterreich das Recht, das noch mit unseren Großeltern geboren wurde, uns unbekannter ist, als das römische Recht zu den Zeiten Theodosius' und Justinian's, unbekannter als das deutsche Recht zur Zeit der Spiegler.

Keine Revolution, kein Blutvergießen, keine Gewalt trennte in Oesterreich den Rechtszustand vor und nach der Codification; Hunderte und Tausende österreichischer Juristen hatten beide Phasen der Entwickelung miterlebt, und trotz alledem kein Andenken, wenig Erinnerung und noch weniger Kenntniß des vorjosefinischen Rechtszustandes!

Freilich kann die Antwort auf diese Frage, die Antwort auf die Frage, warum der Einfluß des Natur- oder Vernunftrechtes dem überlieferten Rechte gegenüber sich so übermächtig erwies, nicht von der Rechts-, sondern nur von der Staaten- und Culturgeschichte überhaupt ertheilt werden.

Aber auch da begegnen wir einer sonderbaren Erscheinung; denn wenn man in anderen Staaten auf die drückendsten und sinnlosesten Freiheitsbeschränkungen, kurz auf all' das nur erdenkliche Elend hinweisen konnte, das ein großer Theil der mitteleuropäischen Bevölkerung im 17. und 18. Jahrhunderte zu erdulden hatte (Pfaff-Hofmann, S. 200), so treffen diese Voraussetzungen eben in Oesterreich nicht zu, um die Herrschaft des Naturrechtes zu erklären, um es begreiflich zu machen, daß ein neues, wenn auch vorzügliches Werk das Andenken an die Vorzeit verwischen, die ganze Entwickelungsgeschichte nicht blos aus dem Gedächtnisse

des Volkes, sondern auch aus dem Bewußtsein der Juristen verlöschen konnte.

In den Königreichen und Ländern des österreichischen Herrscherhauses mußte schon früher jedes nationale, jedes ständische und corporative Leben erloschen sein, bevor ein neuer Zustand auch die Erinnerung an den früheren auslöschen konnte, da wir ja doch in anderen geschichtlichen Exempeln der Erscheinung so häufig begegnen, daß selbst das ererbte Schlechte und Mangelhafte dem gegebenen und aufgenöthigten Besseren vorgezogen wird.

Und dies ist auch der innerste, der treibende Grund der sonst so widerspruchsvollen Erscheinung; das eigentliche öffentliche Leben war in den Königreichen und Ländern nach dem dreißigjährigen Kriege nahezu erloschen; weder der Adel-, noch der Bürger-, noch der Bauernstand waren mächtig genug, ein corporatives, ein ständisches Interesse zum Durchbruche zu bringen; die vier Supplementsbände des Codex austriacus füllen sich mit einer ganz ungeheueren Menge polizeilicher Verfügungen; Spuren eines Widerstandes der Landstände gegen Aenderungen des geltenden öffentlichen und Privatrechtes, welche der erste Band des Codex austriacus bewahrt, welche Suttinger's Consuetudines, welche die böhmischen Rechtsquellen aus früheren Jahrhunderten aufweisen, finden sich nicht mehr; die Kraft, welche so gebrochen war, daß sie nicht einmal zu Remonstrationen stark genug war, reichte umsoweniger zu neuen autonomen Schöpfungen hin; willig ließen sich Land und Volk nicht blos regieren, sondern sogar vordenken.

Die Schwäche, die Widerstandslosigkeit, der nicht einmal die vis inertiae innewohnte, befähigte eine kräftige Regierung zu einem viel consequenteren und an viel weniger Rücksicht gebundenen Vorgehen, zu einem treueren Festhalten eines einmal aufgestellten Principes, als dies in anderen Ländern der Fall war.

Eben dieser Mangel selbstständigen Lebens in den einzelnen Königreichen und Ländern ermöglichte es der Legislation, eine Reihe von Instituten aus dem geltenden Rechte zu verbannen, welche sich in vielen hochcultivirten Ländern Deutschlands bis in die allerneueste Zeit erhalten konnten; die Geschlechtsmundschaft, welche in Tirol bestanden hatte, die macedonianischen und vellejanischen Senatusconsulte, der Abzug des falcidischen und trebellianischen Viertheiles, das Einstands- und Retractsrecht, welche in anderen Reichstheilen gegolten hatten, entfielen ohne Mühe aus dem Gesetze, während hochcultivirte deutsche Staaten, in denen eben vielleicht deswegen ein Anstoßen gegen geltendes Recht nicht möglich war, dieselben Institute fast bis in die Gegenwart erhalten haben.

Das bürgerliche Recht konnte sich eben wegen der Widerstandslosigkeit der Regierten zu jenem hohen Grade der Abstraction

erheben, es konnte von vielen „historischen Zufälligkeiten“ absehen, es durfte sich, nach den Anschauungen der damaligen Zeit, einem Codex des Vernunftrechtes nahe fühlen; es übte auf die Mit- und Nachwelt auch den Einfluß eines gläubig recipirten philosophischen Rechtes aus.

Und eben, weil das alte Recht in Schwäche erstorben und nicht durch Kampf überwunden war, eben deswegen hat sich auch sein Andenken verwischen können, das anderenfalls sicher erhalten geblieben wäre.

Denn an den Kampf, er mag in Sieg oder Niederlage enden, erinnert sich der Einzelne wie das Volk; Mangel an Kraft allein läßt Erlebtes und Geschehenes vergessen.

Aber auch an eine andere Seite eben dieses Zustandes muß erinnert werden; die Regierenden standen eben zu damaliger Zeit hoch über den Regierten; die Codificatoren überragten an Bedeutung den Stand der theoretischen und praktischen Juristen vielfach; wer aus dem Werthe der Codification selbst einen Schluß auf den geistigen Zustand der Nation und des Juristenstandes zur selben Zeit ziehen würde, wäre in Gefahr, einen argen Trugschluß in die Geschichte zu tragen.

Dies bestätigt die Geschichte der österreichischen Rechtsentwickelung, welche sich unmittelbar an die vollendete Gesetzgebung anschloß.

An die Codificiation, deren absoluter Werth gewiß leichter zu niedrig als zu hoch angeschlagen wird, an die Codification, deren relativer Werth im Verhältnisse zu gleichzeitigen Bestrebungen in anderen Staaten mindestens ein ebenso hoher war, schloß sich ein geistiges Leben nur wenig an.

Wenn andere Beispiele aus der Rechtsgeschichte zeigen, daß an ein an und für sich unvollkommenes Product der Gesetzgebung die Kraft des theoretisch und praktisch wirkenden Juristenstandes sich unmittelbar anschloß und durch fortschreitende Arbeit den geistig gefunden Gedanken des Gesetzes allseits ausbildete und entwickelte, wie wir dies an der Lex Aquilia des römischen Rechtes, an der Constitutio Criminalis Carolina in neuerer Zeit sehen können, so geschah in Oesterreich nach dem Erscheinen des bürgerlichen Gesetzbuches das Gegentheil.

Kaum waren jene Männer ausgestorben, welche in die Legislation kräftig eingegriffen hatten, so war auch das eigentliche Leben aus der Rechtsentwickelung gewichen; als todten Buchstaben empfingen die meisten Theoretiker und Praktiker das bürgerliche Gesetzbuch; die Bewunderung und die gläubige Verehrung des Gegebenen erschwerten weit mehr das richtige Verständniß des Gesetzes, als sie dasselbe förderten; die erste Kritik des bürger-

lichen Gesetzbuches, welche nach fünfzigjährigem Fortschritte und nach diesem Maßstabe an das Werk angelegt wurde, erschien sofort als Verurtheilung.

Wer je an der Richtigkeit der hier vorgetragenen Sätze zweifeln wollte, dem wollen wir noch zwei weitere Argumente in's Gedächtniß rufen.

Die Zeiten, in denen die legislativen Arbeiten eben in Blüthe standen, die Zeiten, in denen Rechtsinstitute österreichischer Vergangenheit leicht in Vergessenheit gerathen konnten, waren jene Zeiten, in welchen auch die Sprache vieler Volksstämme der österreichischen Monarchie im Munde der Gebildeten und in der Schrift verstummten, in denen die nationale Sprache vielfach in den Schulen auf den untersten Platz verdrängt werden konnte, in denen es möglich war, den Gedanken an Herstellung einer gemeinsamen Sprache in Oesterreich zu fassen.

So gerne wir zugeben, daß man den Vergleich zwischen Sprache, Recht und Sitte zu Tode hetzen kann; so richtig es ist, daß man vor nicht langer Zeit mit der organischen, spontanen Entwickelung des Menschengeschlechtes, zu welcher ein bestimmter selbstbewußter Wille das Wenigste beigetragen haben soll, einen ganz absonderlichen Hocuspocus getrieben hat: so sehr ist es andererseits richtig, daß ein Volk, dessen Gebildete die heimische Sprache vergessen haben, dessen Bücher die Nationalsprache nicht mehr reden, auch die Sitten und Gewohnheiten und Rechtsüberzeugungen der Vorzeit nicht mehr kräftig erhalten hat, daß ein solches Volk in dieser Entwickelungsphase jede Kunst zu selbsteigenen Schöpfungen auf dem Gebiete des Rechtes verloren hat.

Und coincidirt nicht gerade in Oesterreich die Widerstandslosigkeit, die gläubige Reception sämmtlicher neuen Gesetze, mit dem Verstummen der Nationalsprache in vielen Ländern?

Aber eben, wo solche Widerstandslosigkeit, wo solche Schwäche vorhanden, gerade dort ist für geistig bedeutende Naturen, für einzelne willenskräftige Männer der Boden geebnet, um den geistig bedeutendsten Schöpfungen Eingang zu verschaffen, namentlich um Gesetze einzuführen, welche den Zustand der Nation weitaus überragen.

Freilich wird dann das gegebene geistige Brot gar nicht oder erst in viel späterer Zeit assimilirt; freilich geschieht es dann leicht, daß nach dem Wegfalle des regierenden Genies die Regierten in ihren früheren Zustand zurückfallen.

In Oesterreich erklärt sich daher die Stagnation, welche sich an das Erscheinen des bürgerlichen Gesetzbuches anschloß, vielfach aus der Schwäche und der geistigen Unbedeutendheit der Regierten, aus derselben Quelle, welche dem Verdrängen des alten und der Einführung des neuen Rechtes jeden Widerstand weggeräumt hatte.

Nicht ohne Absicht haben wir uns bei diesen Erörterungen längere Zeit aufgehalten.

Im Begriffe, rechtshistorische Untersuchungen anzustellen, finden wir uns zunächst bemüssigt, unseren Lesern die Schwierigkeiten derselben in Oesterreich recht deutlich vor Augen zu führen.

Aber auch noch ein anderer Grund hat uns bei den vorangeschickten Erörterungen etwas länger verweilen lassen; die Wahl unserer Abhandlungen hat sich vielfach nach den vorgetragenen Gesichtspunkten gerichtet.

Wer eine österreichische Rechtsgeschichte, wer auch nur eine Rechtsgeschichte eines einzelnen Königreiches oder Fürstenthumes der österreichischen Monarchie schreiben will, wird nicht leicht umhin können, mit den erweislich ältesten Zuständen zu beginnen; der Aufbau oder Aufriß einer Rechtsgeschichte macht es eben nothwendig, die Fundamente tief zu legen, und es dürfte sich im Allgemeinen nicht empfehlen, einen Abschnitt derselben, der etwa erst mit dem 17. Jahrhunderte zu beginnen hätte, selbstständig zu bearbeiten.

Anders liegt die Sache bei einem bescheidener, bei einem viel bescheidener gesteckten Ziele; handelt es sich nur darum, zum Verständnisse eines speciellen Rechtsinstitutes beizutragen, da kann man auch die Anforderungen an den Plan und Aufriß des Ganzen erheblich herabstimmen, da kann man selbst mit den bewußtesten Mängeln, mit den Mängeln der gewählten Aufgabe, Nachsicht üben und auf diese Nachsicht rechnen.

Bei einzelnen Rechtsinstituten ist es vielleicht selbst gerathen — um Pfaff-Hofmann's Gleichnisse zu folgen —, dem letztverlorenen Ende des Fadens eine ganz kurze Strecke nachzufolgen, die Arbeit darauf zu beschränken, eine Periode der Entwickelung zu wählen, welche dem geltenden Rechtszustande unmittelbar vorausgegangen ist, und dem Ursprunge des Stromes von der bekannten Mündung oder von einer anderen sicheren Stelle an eine Strecke des Weges entgegenzugehen.

Wir haben uns zu diesem Zwecke Abhandlungen aus dem österreichischen Vormundschaftsrechte gewählt; wir wollen dieses einzelne Rechtsinstitut, von seiner Einfügung in die allgemeine Codification angefangen, eine kurze Strecke nach rückwärts verfolgen und hoffen mit dieser Untersuchung die Geduld unserer Leser nicht allzusehr in Anspruch zu nehmen.

Aber auch hier ist eine verschiedene Art, die Untersuchungen anzustellen, möglich; nicht Ein Faden ist es, der das codificirte Recht mit den Particularrechten verbindet, sondern mehrere Fäden sind es, welche in die verschiedenen Landesrechte zurückleiten. Nun könnte allerdings die Untersuchung sich über alle Länder gleichzeitig erstrecken und die Ergebnisse sammeln; aber es ist auch der andere

Weg möglich, die Rechte der einzelnen Länder abgesondert zu behandeln und erst am Ende auf die gesammelten Resultate zurückzukommen.

Wir haben absichtlich den letzteren Weg gewählt.

Wer mit mehreren Feinden zu kämpfen hat, hat am allererſten noch nach dem Grundsatze „divide et impera" gesiegt; und wenn wir an alle Schwierigkeiten einer rechtshistorischen Untersuchung denken, so würde uns der Muth sinken, wenn wir uns mehr als Einem Gegner gegenübergestellt denken.

Zudem ist es für sämmtliche Königreiche und Länder unserer Heimat schwer möglich, einen bestimmten Zeitpunkt zu wählen, von dem die Untersuchung aus zu beginnen hätte, wenn nicht diese Wahl jedes inneren Grundes in einem oder dem anderen Lande entbehren sollte; die innere Natur der Rechtsentwickelung eines jeden Landes soll aber, nach unserer Meinung, dann über den Anfangstermin der Untersuchung entscheiden, wenn absichtlich die Untersuchung nicht auf den ältesten bekannten oder erforschten Zustand zurückgreift.

Die Abhandlungen, welche wir zu beginnen gedenken, sollen selbstständige, wenn auch kleine Ganze sein; sie sollen zunächst nur historische Untersuchungen sein, wenn wir freilich nicht leugnen wollen, daß in uns ein praktisches Interesse neben dem antiquarischen beständig rege bleiben wird.

Ein praktisches Interesse liegt ja sicher allein schon in der eingehenden Betrachtung desjenigen Rechtszustandes, der dem gegebenen unmittelbar vorausgegangen ist, implicite enthalten.

Dem Juristen ebensowenig wie dem Physiker zeigt das Ding im Zustande der Ruhe und des Beharrens seine innersten und wesentlichsten Eigenschaften, seine wahre Natur.

In der Veränderung erst, im Leben gibt sich das Wesen einer Sache kund; die Geschichte der Entstehung zeigt vielfach am richtigsten den Weg, den der wahre Fortschritt zu wählen hat.

Die erste Abhandlung soll dem Rechte Niederösterreichs gelten.

Einleitung.

1. Rechtsquellen.

Wir haben bereits die Gründe hervorgehoben, welche uns bestimmten, die rechtshistorischen Untersuchungen einzelner Rechtsinstitute nicht mit den ältesten erforschten Zeiten zu beginnen, sondern einen späteren Zeitpunkt zum Anfangstermine zu wählen; wir haben ferner auch die weiteren Gründe entwickelt, welche uns veranlaßten, die verschiedenen Landesrechte gesondert zu betrachten und den schwierigen Weg einer gleichzeitigen Behandlung sämmtlicher Landesrechte bei Seite zu lassen.

Trotz aller Freiheit, die wir dadurch für die Begrenzung unseres Stoffes in Anspruch nehmen, darf die selbstgetroffene Wahl keine willkürliche sein; der Anfangspunkt, mit welchem wir die Geschichte entwickeln, muß ebenso einen inneren Grund haben, wie die Auseinanderhaltung verschiedener Landesrechte, welche ja zu weit gehen würde, falls man beispielsweise Böhmen und Mähren gesondert besprechen wollte.

Als Gegenstand der ersten Abhandlung haben wir uns das Vormundschaftsrecht Niederösterreichs gewählt und begrenzen den zeitlichen Umfang der Entwickelung, die wir in Betracht ziehen, auf die Periode vom 16. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts.

Innere Gründe lassen sich sowohl für die Wahl der zeitlichen, als auch der örtlichen Grenzen anführen.

Die Mitte des 16. Jahrhunderts ist für unsere Frage besonders durch die Bestimmungen der Reichspolizeiordnung vom Jahre 1548 wichtig, welche dem Vormundschaftswesen eine bestimmte Richtung der Entwickelung angewiesen hat; da ein österreichisches Landesgesetz sich unmittelbar im Jahre 1552 an das Reichsgesetz anschloß, so ist wohl nichts dagegen einzuwenden, wenn wir mit diesem Zeitpunkte unsere rechtshistorischen Untersuchungen anheben, und nur gelegenheitlich auf noch frühere Thatsachen und Zustände zurückgreifen; das Auftreten Kaiser Josef's in der Legislation ist andererseits so entscheidend, die von ihm begonnene Gesetzgebung fällt so wesentlich ihrem Charakter nach

mit den späteren Codificationsarbeiten zusammen, daß wir mit vollem Rechte die Abhandlung mit dem Josefinischen Gesetze schließen, mit um so größerem Rechte, als in diesem Gesetze der Particularismus, der die Sonderung der einzelnen Abhandlungen rechtfertigt, weggefallen ist.

Die Gesetzgebung des Jahres 1552 ist, wie wir später sehen werden, für die fünf niederösterreichischen Lande und für die Grafschaft Görz erlassen worden, und das Gesetz Kaiser Josef's hat einen noch viel weiteren territorialen Umfang. Da aber zwischen beiden Gesetzen die für Niederösterreich allein am 18. Februar 1669 erlassene Gerhabschaftsordnung in der Mitte liegt, so rechtfertigt sich die Sonderstellung, welche wir diesem Lande wahren, umsomehr, als gerade die genannte Gerhabschaftsordnung das wichtigste und eingehendste Gesetz ist, welches wir über das Vormundschaftswesen besitzen, und als dasselbe auf die Codificationen der späteren Zeit einen deutlich nachweisbaren Einfluß geübt hat[1]).

Treten uns in den drei Gesetzen aus den Jahren 1552, 1669 und 1786 die drei wichtigsten Quellen unserer geschichtlichen Entwickelung entgegen, so sind wir unserem Leserkreise nicht blos eine kurze Besprechung der Quellen unserer Materie am Beginne unserer Darstellung schuldig, sondern wir werden sicher Nachsicht finden, wenn wir einige kurze Worte über die Rechtsquellen des österreichischen Privatrechtes in dieser Periode überhaupt voranschicken.

Eine eigenthümliche Erscheinung des Provincialrechtes des Stammherzogthums ist die äußerst dürftige Codification des materiellen Privatrechtes, welche recht eigentlich bis in die Josefinische Zeit herunterreicht; schlagt man die sechs dicken Bände des Codex austriacus nach, so findet man allerdings zahlreiche Gerichts-, Advocaten-, Appellations-, Revisions- und Executionsordnungen — lauter Gesetze, welche das Proceßrecht betreffen —; man findet auch eingehende Gesetze über Berg-, Wechsel- und Lehenrecht; aber das allgemeine Privatrecht, der Umfang jener Rechtsinstitute, welche den Inhalt der Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches bilden, ist nahezu gar nicht codificirt.

„Die geschriebenen", „die kaiserlichen Rechte", mit anderen Worten das recipirte römische Recht und der mit großer Entschiedenheit gewahrte „Landtsbrauch" bilden nahezu in den meisten Materien des Privatrechtes die einzigen Rechtserkenntnißquellen, welchen nur wenige umfangreichere Gesetze gegenüberstehen.

Es ist nicht überflüssig, gleich am Beginne unserer rechts-

---

[1]) Es ist allerdings richtig, daß die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 auch in Steiermark als Rechtsquelle angesehen wurde, wie dies die stete Bezugnahme der Schriftsteller auf dieses Gesetz beweist; nichtsdestoweniger war sie mit Gesetzeskraft nur für Niederösterreich erlassen worden.

historischen Untersuchungen auf diese freilich nicht unbekannte Thatsache zu verweisen und dieselbe besonders zu betonen; es ist dies umsomehr gerathen, als der Vergleich mit Böhmen und Mähren uns in den beiden letztgenannten Ländern geschriebene Rechte zeigt, welche sich nahezu über sämmtliche Materien des bürgerlichen Rechtes verbreiten.

Je schroffer sich demnach in Oesterreichs Stammlande die vorjosefinische Zeit des nichtcodificirten Rechtes und die spätere entgegenstehen, welche jede weitere Entwickelung von behördlicher Genehmigung und Gestattung abhängig machen wollte, um so nothwendiger ist es für uns, die einzelnen größeren Gesetze der vorjosefinischen Periode einerseits, und den österreichischen „Landtsbrauch" andererseits mit einigen Worten zu berühren.

Der Codex austriacus [2]) enthält nur drei größere Gesetze, welche in den Umfang des durch das bürgerliche Gesetzbuch heute codificirten allgemeinen materiellen Privatrechtes fallen.

Chronologisch geordnet, sind diese drei Gesetze: die niederösterreichische Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 [3]), der berühmte Tractatus de juribus incorporalibus vom 13. März 1679 [4]), und der Satz und Ordnung des Erbrechtes außer Testament vom 28. Mai 1720 [5]), welch' letzteres Gesetz am 26. März 1729 für Oberösterreich [6]) mit einzelnen ganz unwesentlichen Abänderungen neu erlassen wurde.

---

[2]) Der Codex austriacus, welcher von Frantz Anton Edlen Herrn von Guarient herausgegeben, und welcher in Wien im Jahre 1704 im Drucke erschienen ist, enthält die einzelnen Gesetze, Verordnungen und anderweitigen Notizen in alphabetischer Reihenfolge. Dieser Codex austriacus zerfällt in zwei Theile und umfaßt der erste Theil die Buchstaben A bis L, und der zweite Theil die Buchstaben M bis Z. Dem Werke selbst ist ein sehr gutes Verzeichniß der größeren im Codex austriacus enthaltenen Gesetze beigefügt. In unseren Citaten bedeutet demnach Codex austr. I und II nur die zwei Theile dieses von Guarient herausgegebenen Werkes. Außerdem sind vier Supplementsbände zum Codex austriacus erschienen, welche wir unter der Bezeichnung Codex austr. Suppl.-Bd. I, II, III und IV anführen. Der I. Supplementsband ist von Sebastian Gottlieb Herrenleben im Jahre 1748 herausgegeben worden, umfaßt die älteren im Codex austriacus übergangenen Gesetze und Verordnungen und enthält eine Fortsetzung bis zum Jahre 1720. Besonders lesenswerth ist die Einleitung, welche in rechtshistorischer Beziehung die wichtigsten Aufschlüsse gibt. Der II. Supplementsband, von demselben Verfasser, umfaßt die Zeit von 1721 bis zum Tode Carl VI. im Jahre 1740; er ist 1752 erschienen. Der III. und IV. Supplementsband, welche sich selbst als V. und VI. Band des Codex austriacus bezeichnen, sind von Thomas Ignaz Freiherrn v. Pöck gleichzeitig im Jahre 1777 herausgegeben worden, und umfaßt der III. Supplementsband die Zeit vom 20. October 1740, als dem Regierungsantritte Maria Thereſiens bis zum letzten December 1758, und der IV. Supplementsband die Zeit vom 1. Jänner 1759 bis letzten December 1770. Die Einleitungen zu diesen zwei Bänden sind unbedeutend.

[3]) Codex austr. I, S. 410—427.

[4]) Ebenda, S. 581—607.

[5]) Codex austr., Suppl.-Bd. I, S. 952—991.

[6]) Ebenda, Suppl.-Bd. II, S. 539—583.

Man wird nicht fehlgreifen, wenn man von der Betrachtung ausgeht, daß die Gesetzgebung seit jeher sich jenen Materien des Rechtes zuerst zugewendet hat, in denen irgend ein größerer Bruchtheil juris publici steckt und die auf eine oder die andere Weise ein öffentlich rechtlich wichtiges Moment, insbesonders auch Eigenthümlichkeiten des Landtsbrauches gegenüber dem gemeinen Rechte offenbaren. Wenn man nun die vorbezeichneten älteren österreichischen Gesetze unter diesen Gesichtspunkt in's Auge faßt, so wird sich die Wahrheit dieser Bemerkung von selbst bethätigen.

Das Vormundschaftswesen ist noch in der Reichsgesetzgebung vom Jahre 1548 und in der österreichischen Territorialgesetzgebung vom Jahre 1552 unter dem Titel „Reform guter Polizei" behandelt und geregelt worden; die Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669 trägt im Wesentlichen den gleichen Charakter wie die genannten Gesetze, und den hervorstechendsten Zug dieser Codification bildet die große Wichtigkeit, welche der staatlichen Ueberwachung, ja nahezu der unmittelbaren staatlichen Handhabung des Vormundschaftswesens zugewendet wird, sowie der große Umfang von Rechten sowohl als auch der schwere Inhalt von Pflichten, welche nach und nach immer mehr auf den Staat oder doch auf solche sociale Gebilde übertragen wurden, welche einem directen Einfluße der Staatsgewalt mit Leichtigkeit unterlagen.

Ebenso schlägt der tractatus de juribus incorporalibus fast immer aus dem öffentlichen in das Privatrecht und umgekehrt um; da dieser tractatus seinem wesentlichsten Inhalte und auch vielfach seiner Anordnung nach dem alten österreichischen Landesrechte entstammt, wie solches im Jahre 1573 von den niederösterreichischen Ständen gesammelt wurde — eine Sammlung, auf die wir noch weiter unten zu sprechen kommen —, da eben der genannte tractatus nahezu nur solche Materien des gesammelten Landesrechtes mit Gesetzeskraft ausrüstete, welche in einem unzweifelhaften Zusammenhange mit dem eigenthümlichen öffentlichen Rechte des Landes standen, während die Lehren des reinen Privatrechtes, die sich gleichfalls in jener Sammlung vorfanden, von der Codification immer ausgeschlossen wurden: so ist es klar, daß auch bei der Erlassung des berührten tractatus das Bedürfniß der Gesetzgebung sich wirksam erwiesen hatte, die mit dem jus publicum zusammenhängenden Materien vor Allem zu codificiren, daß rücksichtlich des reinen Privatrechtes das gemeine Recht und der Landtsbrauch ungeändert erhalten werden sollten, und daß mindestens die Codificationsbestrebungen in dieser Beziehung nicht kräftig durchzugreifen vermochten.

Zum Beweise der Richtigkeit unserer Behauptung führen wir nur etliche Titelüberschriften des genannten tractatus an, und aus deren Inhalte, welcher „die geistlichen Lehenschaften", „die

Präsentation", „die anderen Gerechtigkeiten eines geistlichen Lehenherren", „die Vogtheien", „die Dorfobrigkeiten", „die Grundobrigkeiten", „das Pfund-Geld, Sterbrecht und Abfahrt", „die Grundbücher und Gewöhren", „die Robath", „den Zehend", „Bergrecht und Weingartbau", „Gejaider und Haltung einheimbisch und wilder Thiere", „Fischerei und Teuchten" 2c. zum Gegenstande haben, wird der geneigte Leser entnehmen, wie wahr unsere Bemerkung ist, daß sich die Codification vor Allem zuerst den öffentlich wichtigen Materien und den Eigenthümlichkeiten des Landes, welche aus dem gemeinen Rechte nicht zu erklären waren, zugewendet hat.

Auch im dritten österreichischen Gesetze des Codex austriacus, in dem neuen Gesetze über das Intestaterbrecht, tritt der obbezeichnete Charakter der Codification, wenn auch nicht so stark, hervor; denn nicht nur streift die Materie des Erbrechtes stets mehr als Obligationen- und Sachenrecht an öffentlich rechtliche Fragen, sondern die Irrungen und Streitigkeiten, um derentwillen das neue Gesetz erlassen wurde, bezeichnen an und für sich schon den Charakter der Codificirung, welche in erster Linie das öffentliche Wohl, und zwar mehr als die Rechte der Privaten, im Auge hatte.

Macht demnach das Vormundschaftsrecht in Niederösterreich auch insoferne eine Ausnahme von der Regel, daß es seit der Mitte des 16. Jahrhunderts dreimal, und zwar in den Jahren 1552, 1669 und 1786 codificirt wurde; stellt sich die Materie des Vormundschaftsrechtes in einen grellen Gegensatz gegen die meist uncodificirt gebliebenen anderweitigen Materien des Privatrechtes — so wäre der Schluß denn doch sehr übereilt, daß man für unsere Aufgabe sich mit der Lesung der Gesetze über das Vormundschaftsrecht begnügen dürfte, daß man nicht nothwendig hätte, auf das ungeschriebene österreichische Recht zurückzugreifen.

Gerade für eine Reihe von Materien, in denen das Vormundschaftsrecht mit dem Obligationen- und Sachenrechte in Berührung tritt, erhalten wir aus den nichtcodificirten Rechtsquellen die besten, die aufklärendsten Antworten, und ein Bearbeiter unseres Stoffes, der sich mit den geschriebenen Gesetzen begnügt, geräth nicht nur in Gefahr, vieles Wichtige zu übergehen, sondern in die erheblichere Gefahr, die gesetzlichen Bestimmungen selbst schief zu interpretiren.

Für Niederösterreichs nichtgeschriebenes Particularrecht[7]) bil-

---

[7]) Das nichtgeschriebene Particularrecht „der Landtsbrauch" verdient ganz besondere Beachtung. Gesetze, Praktiker und Theoretiker beziehen sich viel hundertmal auf den Landtsbrauch, um die Eigenthümlichkeiten des österreichischen Rechtes gegenüber dem bereits in die höheren Gerichte vollkommen eingedrungenen gemeinen Rechte zu begründen. So schreibt schon Schwartzenthaler in seinem 1592 erschienenen Werke „Tractatus Judiciarii Ordinis"

deten Suttinger's Consuetudines Austriacae[5]) stets eine der wichtigsten Erkenntnißquellen, und wir konnten es nicht unterlassen, sämmtliche alphabetisch geordnete Titelüberschriften sammt deren Inhalt durchzugehen, um manch' verstecktes Argument, das sich hinterdrein recht brauchbar erwiesen hat, aufzufinden.

Suttinger wird immerhin als eine Hauptquelle gelten müssen; allein ausreichend ist diese Quelle nicht, noch weniger gehört deren Benützung zu den leichten Aufgaben.

Ein redlicher Forscher wird über Suttinger's Werk auch

---

von der beständigen Berufung auf den Landtsbrauch, und Reutter in seinem gleich unten zu erwähnenden Werke hofft auf eine baldige umfassende Gesetzgebung, welche an die Stelle des noch allgemeinen, aber immer unsicherer werdenden Gewohnheitsrechtes treten solle.

[5]) Die Consuetudines Austriacae ad Stylum Excelsi Regiminis Infra Anasum Olim accommodatae per Joan. Baptistam Suttinger de Thurnhof, Juris Utriusque Doctorem, Consiliarium Caesareum et Excelsi Regiminis Cancellarium werden immer zu den wichtigsten Quellen österreichischer Rechtsgeschichte zählen. Die Entscheidungen Suttinger's sind großentheils aus dem Consuetudinarium entnommen worden, einem Gedenkbuche, welches die niederösterreichische Regierung über alle erwiesen festgesetzten Gebräuche vom Jahre 1554 (nach Einigen 1550) anfangen ließ und das bis in's 18. Jahrhundert fortgesetzt wurde. Nach der Einleitung zum I. Supplementsband des Codex austriacus hat Suttinger seine in der Mitte des 17. Jahrhunderts gesammelten Consuetudines austriacas nach seinem Tode als Manuscript hinter sich gelassen, welches lange Zeit von Hand zu Hand abgeschrieben wurde. Ein Anonymus ließ diese Consuetudines dreimal kurz nach einander in Nürnberg drucken, und zwar in den Jahren 1716, 1717 und 1718. Dem alphabetisch geordneten Werke ist eine Vorrede nicht vorausgesandt, wohl aber sind in allen Ausgaben zwei Beilagen zugleich mit Suttinger's Consuetudines abgedruckt, nämlich erstens: „Additiones praedictarum consuetudinum austriacarum renovatae", und zweitens: „Aureus juris austriaci tractatus continens observationes selectas Authore Dr. Bernardo Walthero cancellario Austriaco." Von den drei Ausgaben Suttinger's ist die Ausgabe des Jahres 1718 die einzig brauchbare, während die beiden anderen von Druckfehlern und sinnstörenden Auslassungen wimmeln. Wenn wir Suttinger citiren, so haben wir allemal dessen Consuetudines im Auge, was umsomehr hier hervorgehoben zu werden verdient, als Suttinger außerdem noch ein sehr berühmtes Werk: „Observationes practicae, oder gewisse Gerichtsgebräuch, wie dieselben, sonderlich bei dem löblichen landmarschallischen Gerichte in Oesterreich in recht genommen und gehalten werden" — geschrieben und im Jahre 1650 durch den Druck veröffentlicht hat. Zwei neue Auflagen dieses Werkes erschienen unter dem Titel „Berneuerte observationes practicae" in Nürnberg 1678 und 1713. Suttinger's hohe Bedeutung hebt schon die oben berührte Einleitung zum ersten Supplementsbande des Codex austriacus mit den Worten hervor, daß Walther und Suttinger wegen vielfältig allegirten Consuetudinario und beigebrachten Praejudiciis fast legules zu nennen seien. Vossius in seinem unten zu bezeichnenden Werke erwähnt Suttinger's Werk auf S. 17 Banniza in seiner vollständigen Abhandlung von den sämmtlichen österreichischen Gerichtsstellen, Wien 1767, auf S. 112 bis 114. Suttinger war bis 1662 Kanzler der n. ö. Regierung (Vossius S. 18).

nicht auf Walther[9]), Schwartzenthaler[10]), nicht auf Reut-

[9]) Ungleich bedeutender noch als Suttinger ist sein früherer Vorgänger Bernardus Walther, welcher nach Vossius vom Doctor der Rechte zum Rath der n. ö. Regierung, und dann im Jahre 1556 zum Kanzler der n. ö. Regierung befördert wurde. Walther's Einfluß auf die österreichische Rechtsentwickelung muß ein ganz besonders großer gewesen sein, obwohl zu seinen Lebzeiten seine Schriften gewiß nicht gedruckt worden sind. Die schon bezogene Einleitung zum I. Bande des Codex austriacus berichtet, „daß mitten in dem 16. Saeculo der berühmte N. Ö. Regierungs-Canzler Bernardus Waltherus seine tractatus Juris Austriaci geschrieben habe" und weist ihm mit Suttinger die erste Stelle unter den Praktikern an. Vossius schreibt aber S. 16, daß Walther sehr viel dazu beigetragen habe, um die Rechtsgewohnheiten allgemein zugänglich zu machen. Is — so schreibt Vossius — quaevis jura ex patriis moribus decidenda ordinatim persecutus est, adeoque consuetudines in novam lucem produxit. Wie verbreitet Walther's Schriften oder doch Schriften unter seinem Namen gewesen sein müssen, zeigt Vossius, der dann weiter schreibt: Versantur inter manus multorum ejusdem tractatus varii, manu exarati (pro quibus tamen, quod omnes eundem habeant authorem, sponsor non sum). Vossius (S. 447) geht sogar weiter und behauptet, daß das Manuscript der Windhagen'schen Bibliothek, welches die dreizehn Tractate über das österreichische Recht enthält, vielleicht ebenfalls von Walther herrühre. Gedruckt wurde von ihm nur der Aureus juris tractatus, der, wie bereits erwähnt, den Consuetudines von Suttinger beigebunden, und daher mehr als hundert Jahre nach Walther's Tode erschienen ist. Die Bedeutung auch dieses Werkes hebt Vossius mit den Worten hervor: „Verum omnia quae ibi tractantur, in posteriores constitutiones, in tractatum de juribus incorporalibus, et de jure succedendi ab intestato aut puta translata aut correcta invenies." Wir möchten schon an dieser Stelle es als eine nicht unwahrscheinliche Meinung aussprechen, daß Walther's Einfluß auf die Landtafel oder Landtsordnung des hochlöblichen Erzherzogthums Oesterreich unter der Enns — dessen wir in der späteren Note gedenken werden, der größte gewesen ist, umsomehr als Finsterwälder und Andere Stellen aus Walther's (damals noch ungedrucktem) Tractatus anführen, welche wortgetreu in der Landesordnung wiederzufinden sind. Eine genaue Erforschung des Lebens und Wirkens Bernard Walther's wäre im Interesse der österreichischen Rechtswissenschaft sehr wünschenswerth.

[10]) Joannes Schwartzenthaler, zuerst ordentlicher Professor des Codex an der Universität in Wien, dann Rath des Markgrafen von Brandenburg und schließlich Rath und Syndicus der Stände Niederösterreichs, bildet in gewissem Sinne einen Gegensatz zu Walther; Schwartzenthaler ist zunächst ein Romanist, der gelegentlich auf österreichische Gerichtsgebräuche zurückkommt, während Walther eben umgekehrt die Bedeutung des selbstständigen Gewohnheitsrechtes dem eindringenden römischen Rechte gegenüberstellt. Ueber Schwartzenthaler ist besonders zu vergleichen: die Einleitung zum I. Supplementsband des Codex austriacus, die ihn den „fürtrefflichen Praktiker in Oesterreich" nennt, dann Vossius S. 17, Bannizа S. 106 und Lucca, Justizcodex, Bd. V, S. 253. Von Schwartzenthaler sind mehrere Werke erschienen: I. Tractatus Judiciarii Ordinis in tres libros digistus. Francofurti 1592, vermehrt 1613. II. Tractatus de Pignoribus et Hypothecis. Francofurti 1594. Dem letzteren Tractate sind zwei kleine Tractate „de novationibus et delegationibus" und „tabella juris repraesentationis circa successionem testatorum et intestatorum" beigegeben. Dieses Werk ist äußerst selten, insbesondere weder in der Wiener Universitätsbibliothek noch in der Hofbibliothek vorhanden; ich benütze die erste Ausgabe

ter[11]), nicht auf Weingärtler[12]), Finsterwalder[13]), Beckmann[14]), Grenek[15]), Vossius[16]), nicht auf Johann Udalrich

aus der Grazer Universitätsbibliothek; ein zweites Exemplar (die neue Auflage) besitzt die Bibliothek der niederösterreichischen Landschaft.

[11]) Eine besondere Stelle verdient Johann Heinrich Reutter, kaiserlicher Rath und Regierungssecretär in Niederösterreich. Sein Werk „Viginti quinque tabulae juridicae, quibus accesserunt variae differentiae juris communis et Austriaci", Regensburg 1654, ist besonders dadurch merkwürdig, daß seit dieser Zeit sich in den meisten Schriften das Streben kundgibt, den Landtsbrauch dem gemeinen Rechte gegenüberzustellen. Auch von diesem Werke, das schon zu Bannitza's Zeiten sehr selten war, konnte ich nur zwei Exemplare erforschen; eines auf der Universitätsbibliothek in Graz, welches ich benütze, das andere im Archive der niederösterreichischen Landschaft; auch dieses Werk fehlt auf der Wiener Hof- und Universitätsbibliothek. (Siehe über dieses Werk Vossius S. 18, Bannitza S. 107, und Lucca, V. Bd., S. 255.)

[12]) Den gleichen Zweck wie Reutter, nur weit systematischer, verfolgt Joannes Weingärtler de et in Haybach, kaiserlicher und kurfürstlicher baierischer Rath und Syndicus der Stände Oberösterreichs in seiner Schrift „Con- et Discordantia Juris Consuetudinario Austriaci supra Anasum cum jure communi in quatuor Institutionum libris remonstrata", Nürnberg 1674; das für Oberösterreich geschriebene Werk hat wegen Benützung der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 für uns einen bedeutenden Werth. (Siehe Vossius S. 18, Bannitza S. 105, Lucca, V. Bd., S. 255. Weingärtler ist übrigens in Unterscheidung desjenigen, was von Landtsbrauch gilt und was durch das römische Recht außer Uebung gesetzt wurde, nicht sicher.)

[13]) Viel ausführlicher als Weingärtler's Werk ist das Werk des Benedict Finsterwalder, J. U. Dr. et Aulae Cremisanensis judex, nec non Inclyti status DD. Praelatorum superioris Austriae Secretarius, welches unter dem Titel: „Quatuor libri observationum practicarum ad consuetudines Archi-Ducatus Austriae Superioris accomodaterum" erschienen ist; die zwei ersten Bände wurden 1687, und in zweiter Auflage 1719, der dritte Band 1730, und der vierte 1762 (nicht wie Bannitza sagt 1603) in Salzburg gedruckt. (Siehe Vossius S. 19; Bannitza S. 108; Lucca, V. Bd., S. 255.)

[14]) Wichtig ist auch die Idea Juris Statutarii et Consuetudinarii stiriaci et austriaci cum jure romano collati, in quantum singula cum illo conveniant et in quantum inde recedant des J. U. Dr. Nicolai de Beckmann, Sacri Romani Imperii Equitis et Sacrae Caesareae Majestatis Consiliarii. Graz 1688. Das Werk ist alphabetisch geordnet und nimmt auf österreichische und steierische Gewohnheiten stets Rücksicht und ist auch sonst sehr beachtenswerth. (Siehe Lucca, V. Bd., S. 256.)

[15]) Einen wesentlich anderen Charakter besitzt das „Theatrum Jurisdictionis Austriacae", herausgegeben von Franz Josef Grenek, Doctor der Rechte, Hof- und Gerichtsadvocaten in Wien, 1752. Es ist eine zweite Ausgabe, beziehungsweise Uebersetzung des Werkes „De Jurisdictione hodierna ad praxin Austriacam infra Onasum" des Autors Josef Grenek (Vaters des Franz Josef Grenek). Ein besonderes Interesse bietet das Werk durch die Rücksichtnahme auf die Rechtsverhältnisse der Unterthanen, auf welche das gemeine Recht einen weitaus geringeren Einfluß geübt hat. (Siehe Bannitza S. 113; Lucca, V. Bd., S. 261.)

[16]) Zu den besten Werken zählen wir das Buch des L. Fr. V(ossius), welches unter dem Titel „Legum et Consuetudinum Austriacarum eorum potissimum, quae infra Anasum vigent cum jure Romano collatio" im Jahre 1772 in zweiter Auflage erschienen ist, dessen rechtsgeschichtliche Notizen

Donner[17]), endlich in unserer Materie besonders nicht auf Bannizа[18]) vergessen dürfen; allein kein einziges der genannten Werke gibt eine systematische Uebersicht des zur Zeit geltenden gemeinen und durch den Landtsbrauch geänderten Rechtes, und es könnte nur mit großer Mühe gelingen, aus den genannten Werken eine Uebersicht der Entwickelung des Rechtes zu gewinnen.

Zum Glücke besitzen wir ein äußerst wichtiges ungedrucktes Document, „Die niederösterreichische Landtafel aus dem Jahre 1573", welches allen Anforderungen, die wir sonst an gedruckte Werke stellen, genügt.

Schon Lucca erwähnt in seinem Justizcodex (Band I, S. 116) dieses Werk, welches unter dem Titel „Landt-Tafel oder Landtsordnung des höchlöblichen Ertzherzogthumbs Oesterreich unter der Enns" erschienen ist; zu Lucca's Zeiten befand sich ein Manuscript dieses Werkes in der Windhagen'schen Bibliothek; wir haben diesen Schatz österreichischer Rechtsquelle freundlich aus der Bibliothek des juridisch-politischen Lesevereines geliehen erhalten und haben dem Studium dieses Werkes sehr viel zu danken.

Die oberösterreichische Landtafel vom Jahre 1609, welche Lucca im ersten Bande seines Werkes auf Seite 182 anführt, war ebenso wie die niederösterreichische Landtafel zu Lucca's Zeiten noch Manuscript, und beide sind es, Dank dem blühenden Stande österreichischer Rechtsgeschichte, heute noch geblieben.

Die n. ö. Landtsordnung — deren Drucklegung wir eben bei dieser Gelegenheit sehr gerne in Anregung bringen möchten, da sie vielleicht eines der wichtigsten Momente zur Zustandebringung einer österreichischen Rechtsgeschichte wäre —, diese Landtsordnung ist die Mutter des tractatus de juribus incorporalibus, ist auf das Intestaterbrecht des Jahres 1720 von bestimmendem Einfluße gewesen, muß nach mehrfachen Berufungen

---

(S. 11—20 und 446—449) wir bisher eifrig benützt haben. Lucca erwähnt desselben Bd. V, S. 768.

[17]) Josef Leon v. Bannizа v. Bazan's „Disquisitio de Analogia juris germanici civilis communis cum jure provinciali Austriaco, hungarico, bohemico, moravico et tirolensi quoad tutelam", Wien 1761. Bannizа ist ein entschiedener Gegner der Auslegung des österreichischen Rechtes aus dem römischen; das gutgeschriebene Werk sucht — wenn auch oft mit Einseitigkeit, nach der deutschrechtlichen Wurzel (Lucca S. 264). Wir citiren dieses Werk in der Folge blos unter dem Namen Bannizа. Von demselben Autor rührt die von uns bereits bezogene „Vollständige Abhandlung von den sämmtlichen österreichischen Gerichtsstellen, Wien 1767", her, welche auf S. 104—120 eine sehr brauchbare Uebersicht der österreichischen juridischen Literaturgeschichte, und auf S. 123—132 einen sehr werthvollen Anhang von den in Oesterreich gerichtsgebräuchlichen Wörtern enthält.

[18]) Johann Udalrich Donner: Einleitung zur Kenntniß des österreichischen Rechtes. 3 Thle., 1778.

Suttinger's von den Gerichten — ungeachtet sie niemals Gesetzeskraft erlangte — häufig benutzt worden sein und hat uns den Schlüssel zu manchen heute noch erhaltenen Eigenthümlichkeiten des österreichischen Privatrechtes geliefert, welche einen dreihundertjährigen Particularismus aufweisen [19]).

[19]) Die hohe Bedeutung der Landtafeln ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Alle bisher angeführten Schriftsteller betonen die hohe Bedeutung des Gewohnheitsrechtes in Oesterreich. Am übersichtlichsten schreibt hierüber Bossius, welcher, nachdem er das Eindringen des römischen Rechtes geschildert hat, auf S. 14 also fortfährt: „Quamvis vero juris romani doctrinae multa accepta referamus utpote jurium antehac dubiorum et actionum compertam rationem; judiciorum ordinem; mores non adeo probos antiquatos: id tamen laudi non dandum est istis ex Academia Juris consultis, quod unice juris romani insistentes doctrinae, jus patrium, cujus principia et causas ignorabant, pene despicerent.

Nunmehr geht Bossius darauf über, den Kampf des einheimischen und des fremden Rechtes zu schildern und zeigt, wie aus diesem Kampfe sich das Bedürfniß der Aufzeichnung des Gewohnheitsrechtes ergeben mußte; „non levis inde in foro contentio, cum ex una parte juris romani authoritas assiduo propugnaretur, ex altera ad consuetudines provocaretur patrias. Magna inde judicandi difficultas, praesertim, cum tam certa non essent consuetudinum quam legum monumenta; majus vero illorum ad jura demonstranda pondus. Id igitur negotii sibi datum fuisse magistratus arbitrabantur, ut minus dubia in consuetudines illas pararentur testimonia".

Schließlich geht Bossius darauf über, den besonderen Weg zu zeigen, welchen die n. ö. Regierung diesfalls eingeschlagen hat: Quod quidem ab Eccelso Regimine ita effectum fuisse reperio: quotiescumque de utroque jure disceptabatur, decidendi autem rationes perspectae erant, sententia, rationesque decidendi in tabulas referebantur; tum vero, quando jus aliquod consuetudinarium in controversiam veniebat, idque exploratum non erat judicibus, consulebantur Status provinciales tamquam juris patrii optime gnari.

Bossius bezeugt demnach, daß noch im 16. Jahrhunderte das Gewohnheitsrecht des Landes lebhaft im Bewußtsein der Landstände war und bezieht sich diesfalls auf die von Suttinger, pag. 89, 187 und 339, angeführten Fälle, betreffend „die Rechte der Chirographar-Gläubiger im Concurse, das Erbrecht der Ascendenten und das Vorzugsrecht des Heurathsgutes im Concurse, in welchem die Ausschüsse der Ehrsamen Landschaft den Landtsbrauch bezeugten".

Dann fährt Bossius fort: Tabulae, in quas jura ita dilucidata referbantur vocatae sunt „Consuetudinarium". Coeptum est hoc opus institui Ao. 1550. Sed cum huic consuetudinario posthac etiam rescripta principum insererentur, liber ad opus prius destinatus vocabatur (das Motivenbuch). Idem status provinciales tenuere institutum; tabulae autem memoriales, provinciales dictae sunt) die Landtafel); referebantur quoque in illas statuum jura praerogativae et privilegia: Initium sumpsere An. 1573. Ueber diese Landtsordnung (beziehungsweise eine Ueberarbeitung derselben, welche wir im Texte angeführt haben) schreibt Bossius auf S. 446: Tabulae autem provinciales, quas Bibliotheca Windhageniana possidet, nihil aliud sunt, quam quaedam collatio juris Romani cum Consuetudinibus patriis, seu potius jus romanum, consuetudinibus patriis attemperatum. In quatuor Autem libros illae digestae sunt. In primo libro

Mußten wir, um für die ganze folgende Entwickelung den Werth und die Bedeutung der österreichischen Rechtsquellen sicher-

agitur de jurisdictione et judiciis, in secundo de contractibus, in tertio de testamentis et ultimae voluntatis dispositionibus, de successione ab intestato, de jure protopraxeos, de tutelis et curatelis; in quarto de iis, quae in tract. de jur. incorp. exponuntur, praetera de praescriptione.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß Bossius eben jenes Manuscript vor Augen hatte, dessen Abschrift uns vorliegt, da ja die ganze Anordnung der Bücher und Titel haarscharf übereinstimmt.

Treffend hebt Bossius hervor, daß diese Landtafel durchaus kein Gesetz war, und die Einleitung zum I. Supplementband des Codex austr. spricht sich diesfalls ebenso entschieden aus.

„Anno 1573 — so schreibt Herrenleben in der Einleitung — wurde, nach Suttinger's Zeugniß, die Unter-Oesterreichische Landtafel errichtet, und Anno 1629 die Ober-Oesterr. oder vielleicht beide revidiret, worinnen die Verfassung des Landes, die Gerichtsordnungen, und die fürnehmsten und gemeinsten Handlungen nach dem Oesterreichischen Rechte und Gewohnheiten gar ordentlich zusammengetragen und verfasset sind."

„Aber" — so fährt Herrenleben fort — „obwohlen die beyden als Nieder- und Ober-Oesterreichische Land-Tafeln, Principis nomine reden, auch in späteren Generalien die Unterthanen dahin angewiesen werden, so findet sich doch nicht, daß sie durch Lands-fürstl. Publication, Intimation, oder doch auf andere Weise legalisiret, noch bei denen Gerichten in decidendo darauf attendiret, auch nicht durch den Druck publici Juris worden, sondern als ein Einrathen und Entwurff sine authoritate geblieben und erst nach langer Zeit, durch Lands-fürstl. Macht, dessen einige Stücke als Anno 1679 tract. de Juribus Incorp und Anno 1720 Erbrecht außer Testament in legem publicam müssen promulgiret werden."

Es war demnach im 18. Jahrhunderte das Bewußtsein recht lebendig, daß die mittlerweile promulgirten größeren Gesetze nichts Anderes als Bestandtheile der alten Landesordnung waren, und daß demnach der Gedanke einer Codification der gesammten Landesordnung früherer Zeit recht lebhaft gewesen sein mußte.

In der That scheint im letzten Viertel des 17. Jahrhunderts die Hoffnung bestanden zu haben, daß die einzelnen Theile (Tractate) der Landesordnung rasch nacheinander publicirt werden würden.

Auf diese Bemerkung führt uns Reutter, der im Jahre 1674, also nach dem Erscheinen der Gerhabschaftsordnung (1669) und vor dem Erscheinen des Tractatus de Juribus Incorporalibus (1679) sein obbezeichnetes Werk herausgegeben hat.

Reutter schreibt ad Tabulam I, 3, Folgendes: Ne autem nos cum posteris nostris in tanta consuetudinum incertitudine diutuis fluctuare necesse habeamus, sperandum est, quod reliqui Tractatus Ordinationis Provincialis (der Landesordnung), qui jam sunt compilati: nempe ille de feudis, de successione ex Testamento et ab Intestato, de juribus incorporalibus sammt der neuen Gerichtsordnung sub Augustissimo Caesaris Leopoldi Imperio vi pragmaticae sanctionis, lucem aliquando visuri, consuetudinibus incertis normam praescripturi sunt. Interim fruamur Tractatibus jam promulgatis nempe der Executions-, Landgerichts-, Weingart-, Feuer-, Revisions-, Gerhabschafts- und Polizeiordnung, wie auch was per edicta in materia appellationis und sonsten particulariter bereits publicirt worden.

Aus diesem Citate Reutter's, namentlich aus der Stelle „quod reliqui Tractatus Ordinationis Provincialis (der Landesordnung), qui jam sunt compilati" möchte ich schließen, daß der Entwurf der

zustellen, eine Abweichung von unserer Aufgabe wagen — so drängt sich jetzt die Nothwendigkeit in den Vordergrund, in den allgemeinsten Umrissen, mit den äußersten Contouren das Bild der Entwickelungsgeschichte des österreichischen Vormundschaftswesens darzustellen [20]).

Landesordnung vom Jahre 1573 zu Reutter's Zeiten (1674) bedeutend erweitert worden war, da ja Reutter des Tractatus de feudis erwähnt, welcher allerdings in der oberösterreichischen Landesordnung von 1609 (revidirt 1629), nicht aber in der n. ö. Landesordnung von 1573 vorkam.

Reutter erwähnt sodann die bereits promulgirten Tractate, welche ziemlich gleichzeitig erlassen worden sind, nämlich: die Executionsordnung vom 27. Juli 1655 (Codex austr. I, S. 299—309); die Landgerichtsordnung vom 30. December 1656 (Codex austr. I, S. 659—728); die Weingartsordnung vom 31. August 1666 (Codex austr. II, S. 425—432); die Feuerordnung vom 1. December 1666 (erwähnt in der Feuerordnung vom 15. Jänner 1688, Codex austr. I, S. 327—334); die Revisionsordnung vom 14. Mai 1669 (Codex austr. II, S. 248—252); die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 (Codex austr. I, S. 410—427), und die Polizeiordnung vom 28. September 1671 (Codex austr. II, S. 153—159).

Nachdem in 16 Jahren so bedeutende Codificationsarbeiten geschehen waren, ist es wohl begreiflich, daß Reutter den Wunsch ausspricht, „quod reliqui Tractatus, qui jam sunt compilati lucem aliquando visuri sint"; und daß Reutter diesen Wunsch nicht blos aussprechen, sondern auch dessen Erfüllung hoffen durfte, zeigt wohl am besten der Umstand, daß der Tractatus de juribus incorporalibus fünf Jahre darauf, und daß das Erbrecht außer Testament nach Verhandlungen, welche schon unter Kaiser Leopold gepflogen wurden (Codex austr., Suppl.-Bd. I, S. 582) im Jahre 1720 promulgirt wurde.

Es scheint uns sogar viel Wahrscheinlichkeit dafür vorzuliegen, daß vor dem Jahre 1669 der Plan feststand, eine revidirte n. ö. Landesordnung im Ganzen mit Gesetzeskraft auszurüsten und zu publiciren, in welcher Landesordnung die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 nur einen Titel zu bilden gehabt hätte.

Denn eben im 8. Titel, §. 10 der Gerhabschaftsordnung, findet sich folgende merkwürdige Stelle: „Im übrigen, wie es mit Aufrichtung eines Inventariums zu halten, ist bereits in dem dritten Buche dieser unserer Lands-Ordnung Tit. 28 mit mehreren fürgesehen."

Diese Stelle ist in die Gerhabschaftsordnung offenbar hineingekommen, als sie noch einen Bestandtheil eines Entwurfes einer revidirten allgemeinen niederösterreichischen Landesordnung bildete, und sie ist stehen geblieben, nachdem die Gerhabschaftsordnung aus dem Zusammenhange mit dem revidirten Entwurfe der Landesordnung gebracht und als ein eigenes Gesetz promulgirt worden war.

Daß die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 in einem revidirten Entwurfe der n. ö. Landesordnung des Jahres 1573 aufgenommen worden war, schließe ich auch daraus, daß in der Landesordnung des Jahres 1573 der 129. Titel des III. Buches, welcher „Von den Gerhabschaften und Curatoreyen" überschrieben ist, lediglich eine Beziehung auf die Reform guter Polizei für die fünf niederösterreichischen Lande und die Grafschaft Görz vom Jahre 1552 enthält; ferner, daß nach dem Citate in der Gerhabschaftsordnung der 28. Titel des III. Buches von dem Inventarium handeln soll, während in der Landesordnung des Jahres 1573 der betreffende Titel der 33. im III. Buche ist.

[20]) Ich hoffe, bei meinen Lesern Entschuldigung zu finden, wenn ich

An die Reichsgesetzgebung des Jahres 1548, Tit. 31 — welche im Wesentlichen im Jahre 1577, Tit. 32, republicirt wurde — schloß sich die erste umfassendere Vorschrift über österreichisches Vormundschaftswesen an.

Das Gesetz vom Jahre 1552, welches unter dem Titel „Römischer zu Ungarn und Behaim ꝛc. Küniglicher Mayestät, Ertzhertzogen zu Oesterreich ꝛc. Ordnung und Reformation guter Pollicey in derselben fünff niederösterreichischen Länder und fürstlichen Grafschafft Görtz auffgericht und vernewert" erschienen ist, zeigt ganz klar den Zusammenhang mit der Reichsgesetzgebung, welche ja, nach ihrem später zu besprechenden Inhalte, auch für die Landesherren verbindlich war.

Der alte Königsschutz — der Schutz, welchen, nach des Mittelalters hoher Auffassung von des Königs Rechten und Pflichten, der König und in seinem Namen der Richter den Unmündigen in

---

in den früheren Anmerkungen rechtshistorischen Notizen einen Platz gönnte; den Wenigsten sind jene Quellen zugänglich, deren Aufsuchung mir sehr viele Mühe gekostet hat.

Wichtig scheint es mir aber, schon hier auf einen Zeitpunkt hinzuweisen, welcher allerdings ganz geeignet war, eine vollständige Landesordnung mindestens in dem Sinne zu Stande zu bringen, wie es die „Vernewerte Landesordnung" Böhmens gewesen ist.

Wäre dem österreichischen Provincialrechte im 17. Jahrhunderte eine solche Sammlung oder Codification zugeführt worden, so hätte sicher die Klage über Unsicherheit der Rechtsordnung im 18. Jahrhunderte nicht so allgemein durchgegriffen; denn die Unsicherheit hatte gewiß ihre Quelle in dem Verblassen der Kenntniß des heimischen Rechtes und in dem Umstande, daß man sich dem römischen und gemeinen deutschen Rechte gegenüber nicht auf Geschriebenes stützen konnte, um die Eigenthümlichkeiten des heimischen Rechtes zu beweisen.

Aber auch der weitere Gedanke fügt sich gleichsam von selbst an; wäre die Landesordnung im Jahre 1669 mit Gesetzeskraft publicirt worden, so hätten auch die allgemeinen Codificationsbestrebungen im 18. Jahrhunderte beiweitem nicht den Anklang gefunden, der ihnen thatsächlich zu Theil wurde.

Dem codificirten Landsbrauche gegenüber hätte auch das Natur- und Vernunftrecht nicht die gleiche Macht wie dem nichtgeschriebenen Rechte gegenüber entfalten können, und namentlich hätte der Bestand verschiedener ziemlich vollständiger Landesordnungen in Böhmen und Mähren, in Nieder- und Oberösterreich eine einheitliche Codification der gesammten Rechte der Erblande muthmaßlich erhebliche Schwierigkeiten in den Weg gelegt.

Nach menschlicher Einsicht waren es vielleicht zufällige Umstände, welche die Codificationslust Kaiser Leopold I. bei der Gerhabschaftsordnung und dem Tractatus de Juribus Incorporalibus aufhören ließen; sicher waren es aber diese „zufälligen Umstände", welche das Ihrige beitrugen, um die Idee eines einheitlichen materiellen Rechtes in Oesterreich zu fördern und ihr zum Siege zu verhelfen.

Freilich war es erst einer späteren Zeit vorbehalten, der Idee der Rechtseinheit den absoluten Werth einzuräumen, der ihr sicher dann nicht gebührt, wenn sie ihre Macht dazu anwendet, um einer abstracten Gleichheit tiefbegründete Eigenthümlichkeiten in den Königreichen und Ländern Oesterreichs aufzuopfern.

des Wortes weitester Bedeutung und den anderen Schutzbedürftigen zu Theil werden ließ — gelangte in der Reichsgesetzgebung des Jahres 1548 und in der Landesgesetzgebung des Jahres 1552 zum vollsten Ausdrucke; indessen mußten durch die Reception des römischen Rechtes einerseits, und durch die Besetzung der Gerichte mit rechtsgelehrten Richtern andererseits die Formen dieses Schutzes eine vielfach veränderte Gestalt annehmen, und es ist eine — wir möchten sagen — bureaukratische Ausübung dieses Schutzes schon in dem Landesgesetze von 1552 in Aussicht genommen worden.

Das letztgenannte Gesetz hat aber durchaus nicht den Anspruch erhoben, die gesammte Materie des Vormundschaftswesens umfassend zu regeln; es sollte ja nur gewisse Reformen einführen, andere bestehende Gebräuche befestigen.

Immerhin erschienen die Bestimmungen des genannten Gesetzes ausführlich genug, damit die niederösterreichische Landtafel im dritten Buche, Tit. 129, sich einfach auf dasselbe berufen zu können glaubte, so daß das von uns bezogene Rechtsbuch die Materie von dem Vormundschaftswesen ex professo gar nicht abhandelt, dafür aber gelegenheitlich anderer Materien eine Reihe von Sätzen vorträgt, welche das lückenhafte Gesetz des Jahres 1552 vielfach ergänzen.

Dagegen tritt die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 mit dem Anspruche auf, den gesammten Stoff des Vormundschaftsrechtes zu regeln, und die sorgfältige Abfassung dieses Gesetzes, die große Ausführlichkeit und Klarheit der Form sichern demselben einen der ehrenvollsten Plätze in der österreichischen Rechtsgeschichte.

Das Gesetz vom Jahre 1669 trägt aber noch einen anderen nicht genug zu betonenden Charakter; das römische Recht ist in demselben sichtlich mit vieler Kenntniß verarbeitet worden, und namentlich wird zum Schutze des Mündels der gesammte Apparat jener römisch-rechtlichen Bestimmungen herbeigezogen, welche den Mündel vor Schaden durch eine im Vermögen des Vormundes gegründete Sicherstellung bewahren sollten.

Da aber andererseits die Vormundschaft ihres Charakters als Familiensache immer mehr entkleidet wurde, da der Vormund immer mehr aufhörte, Organ des Familienschutzes zu sein und Executivorgan der nahezu selbst administrirenden Obervormundschaft wurde, so mußte der doppelte Schutz, der dem Minderjährigen einerseits durch seine Rechte auf das Vermögen des Vormundes, andererseits durch die Ueberwachung des Letzteren von Seite der Vormundschaftsbehörde zu Theil wurde, überflüssig und für den Vormund selbst allzu lässig erscheinen, so daß die folgende Gesetzgebung stets mehr und mehr bestrebt war, den privatrechtlichen Schutz des Mündels in den Hintergrund zu

stellen, den Vormund an jedem selbstständigen Schritt zu verhindern und den Charakter der Vormundschaft als eines im Namen der Gerichtsbarkeit geführten Amtes auszubilden.

Die Gesetzgebung Kaiser Josef's vollendete den angedeuteten Entwickelungsgang; die Idee, die Vormundschaft an die Gerichte zu ziehen, die Geschäfte der Vormundschaft durch angestellte Beamte verwalten zu lassen, wäre der letzte consequente Schritt gewesen, zu welchem die begonnene Entwickelung geführt hätte, ein Schritt, der freilich und glücklicherweise nicht unternommen wurde.

Die österreichische Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 ist nun zwar allerdings im Josefinischen Gesetzbuche wesentlich verändert worden; allein nichtsdestoweniger läßt sich die Rechtscontinuität der späteren Codification gerade nur mit Rücksicht auf dieses Gesetz, und weit weniger mit Rücksicht auf die anderen Landesgesetze, behaupten.

Die Rechtscontinuität, welche wir demnach gerade auf diesem Gebiete für das Recht unseres Stammherzogthums in Anspruch nehmen dürfen, rechtfertigt in noch höherem Grade die getroffene Anordnung, daß wir der Abhandlung über das niederösterreichische Vormundschaftswesen den ersten Platz einräumen.

Wenn nun freilich der detaillirte Nachweis dieser unserer Behauptung erst bei der eingehenden Behandlung des Stoffes geliefert werden kann, so hätten wir es dennoch für gefehlt gehalten, nicht schon am Beginne auf diese hauptsächliche Richtung der Entwickelung hinzudeuten und unseren Lesern den Fingerzeig zu geben, in welcher die Bewegung stattgefunden hat.

Nicht die Darstellung der einzelnen Ruhepunkte, zu welchen die Gestaltung der Rechtsinstitution in verschiedenen Phasen gelangt ist, bietet das tiefste und wichtigste Interesse.

Gerade der Betrachtung der Bewegung, des Lebens, der Entwickelung, legen wir eine nicht blos theoretische, sondern auch eine hervorragend praktische Bedeutung bei; denn eben dieser Punkt ist es, in welchem die Gegenwart und selbst jede in Aussicht genommene Fortbildung des Rechtes nur allzudeutlich auf die Vergangenheit zurückweist.

2. Feststellung und Eintheilung des Stoffes.

Die zeitliche und territoriale Begränzung unserer Abhandlung lag mindestens theilweise in unserer Wahl; sie war uns daher ungleich leichter als die Präcisirung und Eintheilung des Stoffes; und doch ist ohne entsprechende Eintheilung eine Uebersicht des Ganzen ebenso unmöglich, wie eine formgerechte Eintheilung ohne Präcisirung des Inhaltes.

Es scheint uns nicht gerathen, eine Begriffsbestimmung an die Spitze unserer Abhandlung zu stellen, und wir glauben nicht, daß uns dieser Weg rasch zum sicheren Ziele führen würde.

Einem dogmatischen Werke kann eine an den Eingang gestellte Definition allerdings die besten Dienste leisten; die Eintheilung schließt sich einfach an die Begriffsbestimmung an, der Inhalt der einzelnen Abschnitte erhält dadurch die erforderliche Abgrenzung, und namentlich läßt sich Alles leicht ausschließen, was sich dem Inhalte des Begriffes nicht unterordnet.

Ganz anders liegt aber die Sache bei einer historischen Untersuchung; diese wird sich stets vor Augen halten müssen, daß die Begriffe und deren stellvertretende Ausdrücke auch an der geschichtlichen Entwickelung, an der Bewegung theilnehmen, und daß eine Begriffsbestimmung zwischen den beiden entgegengesetzten Gefahren schwankt, entweder zu enge zu sein, und aus diesem Grunde nur einer einzigen Phase der Entwickelung gerecht zu werden, oder aber durch einen allzuweiten Umfang an innerem Gehalte — und folgerichtig auch an Bedeutung für den weiteren Verlauf der Untersuchung — einzubüßen.

Besser scheint uns eine andere Erwägung zum Ziele zu führen.

Es ist vor Allem klar, daß die ältere Wurzel des particulären österreichischen Vormundschaftsrechtes germanisch ist, und daß Niederösterreich in älterer Zeit die rein germanische Rechtsentwickelung mitgemacht hat.

Ebenso ist es andererseits bekannt, daß auch in unserem Stammherzogthume wie im anderen Deutschland das römische Recht recipirt wurde, und daß diese Reception im 16. Jahrhunderte eine bereits längst vollendete Thatsache war.

Es ergibt sich demnach für uns die Nothwendigkeit, nach der doppelten Wurzel unseres particulären Vormundschaftsrechtes Umschau zu halten und namentlich jenen Zustand mit wenigen Zügen zu kennzeichnen, welcher sich rücksichtlich des Vormundschaftsrechtes in Deutschland im 16. Jahrhunderte herausgebildet hatte, nachdem das römische Recht längst schon in Schule und Praxis recipirt worden war.

Mit diesem von gelehrten Männern bereits erforschten Zustande werden wir dann die Ergebnisse der heimischen Quellen vergleichen und auf diese Weise wohl am besten zur Präcisirung des Inhaltes und zur Eintheilung des Stoffes gelangen.

Wir bemerken hiebei im Vorhinein, daß wir nur den Quellen des heimischen Rechtes eine besondere Aufmerksamkeit in unseren Citaten zuwenden wollen, weil wir eben nur in dieser Beziehung Neues und Unbekanntes zu überliefern im Stande sind.

Greifen wir zuerst auf das ältere und entwickeltere Recht zurück, so offenbaren uns die Justinianischen Rechtsquellen den Unterschied zwischen tutela und cura innerhalb des oberen Gattungsbegriffes der Vormundschaft.

War aber dieser Unterschied im alten römischen Rechte nach Rudorff's Bemerkung [1]) so scharf ausgeprägt, daß der gemeinschaftliche Gattungsbegriff in demselben fast gar nicht vorkam, so begann schon lange vor der Justinianischen Gesetzgebung der Begriff der tutela zu veralten und in den modernen Begriff der cura überzugehen, wenngleich freilich nicht einmal Justinian's Gesetzgebung diesen immer mehr verschwindenden Unterschied ganz abzustreifen vermocht hatte.

Denn von den zwei Unterarten der Tutel war die schon nach Gajus' Zeugnisse [2]) zu seiner Zeit abgeblaßte Geschlechtstutel in's Justinianische Recht gar nicht mehr aufgenommen worden [3]), und da andererseits die cura minorum immer mehr und mehr sich ausbildete, so hatte schon das römische Recht eine Entwickelung angebahnt, welche damit enden mußte, daß eine gemeinschaftliche Altersvormundschaft die tutela impuberum und die cura minorum umschloß.

Wenn nach römischem Rechte die tutela auf der Voraussetzung beruhte, „daß Derjenige, welcher keine Kriegsdienste thut, auch der politischen Rechte verlustig geht, und daß er deshalb auch diejenigen privatrechtlichen Geschäfte nicht vornehmen kann, welche, eben weil sie in politischen Formen vollzogen werden müssen, nur Vollbürgern zugänglich sind" [4]), so mußte mit der Veränderung des Kriegsdienstes, mit dem Wegfallen des alten Census und der ganzen älteren Verfassung auch jene ersterwähnte Voraussetzung entfallen.

Kam dagegen in späterer Zeit Alles darauf an, ob Jemand im Stande sei, sein Vermögen zu verwalten und seine Geschäfte selbst zu besorgen [5]), so war es die natürliche Folge, daß die tutela muliebris erlosch, und daß die tutela pupillaris immer mehr Elemente der cura in sich aufnahm, deren innerstes Wesen ja eben in der Sorge für die Person und die Angelegenheiten eines Individuums bestand, welches für sich selbst zu sorgen und sein Vermögen zu verwalten aus irgend einem Grunde außer Stande war [6]).

Waren einerseits diese reellen Factoren geeignet, den im römischen Rechte formell aufrechterhaltenen Unterschied zwischen Tutel und Curatel nicht volljähriger Personen immer mehr zu

---

[1]) Das Recht der Vormundschaft nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte, entwickelt von Dr. August Friedrich Rudorff. 3 Bände. I. Band, S. 22.

[2]) Gajus I, S. 190.

[3]) Rudorff, l. c. I. Band, S. 61.

[4]) Ebenda, §. 4.

[5]) Ebenda, §. 4.

[6]) Ebenda, S. 72.

verwischen, so eignete sich andererseits der entwickelte Begriff der cura vortrefflich dazu, um in der Reception des römischen Rechtes durchzuschlagen und um die römischen Unterarten der cura, die cura minorum, furiosi, debilium personarum, prodigi ꝛc. nach Deutschland zu übertragen.

Aber auch ein anderes Institut des römischen Rechtes, die Familiengewalt des römischen Hausvaters, welche im ältesten Rechte schroff sowohl der tutela wie der cura gegenüberstand, näherte sich im Laufe der Zeit, und namentlich in der Justinianischen Codification, immer mehr der cura.

Einerseits war nämlich die eheliche Vormundschaft, die manus mariti, welche mit der strengen Form der römischen Eheschließung im innigsten Zusammenhange stand, dem Justinianischen Rechte nothwendigerweise entfallen [7]), welches ja nur mehr die die manus nicht übertragende freie Form der Ehe erhalten hatte; andererseits hatte es die sociale und gesellschaftliche Entwickelung mit sich gebracht, daß der nothwendige Erwerb der Hauskinder für den Hausvater immer mehr und mehr eingeschränkt wurde, daß im peculium castrense et quasi castrense, daß in den bonis adventitiis et materni generis neue unabhängige Vermögensmassen der Hauskinder entstanden, und daß der Vater eben rücksichtlich dieser besonderen Vermögensmassen nahezu ganz die Stelle eines Curators seiner unmündigen, minderjährigen und wahnsinnigen Hauskinder übernehmen mußte [8]).

So offenbarte sich die cura, welche erst allmälig aus einem thatsächlichen Verhältnisse zu einem Rechtsinstitute umgestaltet worden war, als jene Potenz, welche die Kraft in sich hatte, die veralternden Reste des antiquirten römischen Rechtes in sich aufzunehmen, und wenn die Zähigkeit der römischen Juristen es mit sich brachte, daß selbst noch in die Justinianische Gesetzgebung die Rechtsinstitute der tutela und der patria potestas mit übernommen wurden, so war es ganz klar, daß die Reception des römischen Rechtes bei einem anderen Volke von selbst dazu gelangen mußte, die blos historischen Unterschiede, wenn auch nicht dem Namen, so doch der Sache nach abzustreifen und einen einheitlichen Charakter des Vormundschaftswesens auszubilden, das seine hauptsächlichsten Elemente aus den freieren Institutionen der cura entnommen hatte.

Es kann uns demnach durchaus nicht auffallen, wenn die Reception des römischen Rechtes in Deutschland die Folge hatte, daß die patria potestas des Familienvaters ebenso, wie die Vormundschaft über Minderjährige sich im Wesentlichen nach den Grundsätzen der cura richtete.

---

[7]) Rudorff, I. Bd., S. 184.
[8]) Ebenda S. 179.

Blicken wir nunmehr auf Deutschland, so bestätigen es die gelehrtesten Autoritäten, daß die älteren deutschen Rechtsgrundsätze über die Vormundschaft sich im Wesentlichen erst dann veränderten, nachdem mit der Einführung des fremden Rechtes die ältere Gerichtsverfassung aufgelöst wurde und damit auch die eigenthümlich deutschen Grundsätze über Vertretung vor Gericht hinwegfielen [9]); denn hatte, wie wir gleich unten sehen werden, früher die Vertheidigung des Mündels und die daraus erwachsene Vertretung desselben vor Gericht das Wesen der eigentlichen deutschen Vormundschaft ausgemacht, so wurde nach dem Eindringen des römischen Rechtes in Deutschland die Verwaltung der Angelegenheiten des Mündels als der Hauptberuf des Vormundes und die Vertretung vor Gericht nur als eine Wirkung davon betrachtet [10]).

Aber auch diese Andeutung des Entwickelungsganges würde nicht hinreichen, um ein vollkommenes Verständniß des particulären österreichischen Vormundschaftsrechtes in der von uns betrachteten Zeitperiode einzuleiten; wir sehen uns vielmehr gezwungen, auf eine andere Seite des deutschen Vormundschaftsrechtes hinzuweisen, welche auf der Fortbildung dieses Institutes in Deutschland von dem maßgebendsten Einfluße war.

Konnten wir im römischen Rechte die tutela und cura als zwei Rechtsinstitute hinstellen, von denen das erste, ursprünglich streng formell ausgebildete, immer mehr in die freien Formen des zweiten überging, so offenbart das deutsche Recht dafür einen anderen Dualismus im Familienschutze, dessen eigentlichstes Organ der Vormund war, und im Königsschutze, welcher sich im Laufe der Zeit zu der stets mehr und mehr anwachsenden Obervormundschaft herausgebildet hatte.

Kraut hat überzeugend nachgewiesen, daß nach älterem deutschen Rechte eine Vormundschaft nur bei solchen Leuten vorkam, welche ihrem Stande nach frei, und welche, sei es aus physischen oder aus rechtlichen Gründen, die Waffen zu gebrauchen nicht fähig waren [11]); Kraut hat des Ferneren nachgewiesen, daß der Mündel des Schutzes auch gegen seinen Vormund bedurfte [12]), daß das Familiengericht oder der Familienrath Organ dieses Schutzes war, und daß demnach der Vormund des älteren deutschen Rechtes als dasjenige unter den wehrhaften Familiengliedern betrachtet werden muß, welches zunächst dazu be-

---

[9]) Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes, von Dr. Wilh. Theod. Kraut, 3 Bände. I. Band, S. 100.

[10]) Ebenda.

[11]) Ebenda, S. 51.

[12]) Ebenda, S. 43 u. ff.

rufen war, die Vertretung als Organ der ganzen Familie für eine bestimmte Person geltend zu machen [13]).

Da die Rechts- und Ehrlosen der wichtigsten Freiheitsrechte entbehrten, da Fremde sich des Familienschutzes im fremden Lande nicht erfreuten, da übrigens auch Fälle vorkamen, in denen Eingebornen der Familienschutz factisch nicht mehr zu Theil werden konnte, so erwies sich die auf den Familienschutz basirte Vormundschaft in vielen Fällen unzureichend, und die fortschreitende Entwickelung mußte dazu drängen, ein Surrogat des Familienschutzes sich zu erwerben.

Es war nun nach allen Quellenzeugnissen [14]) Sache des Königs, den mangelnden Familienschutz solchen Personen zu ersetzen, die desselben ermangelten.

War nun auch dieser Königsschutz vielleicht Anfangs auf freie Staatsgenossen beschränkt worden, welche sich aus factischen Gründen eines Familienschutzes nicht erfreuten, so umfaßte derselbe bald schon die Freigelassenen [15]), die Fremden [16]), die Juden [17]), die als ehrlos gehaltenen Unehelichen [18]), die geistlichen und kirchlichen Anstalten [19]), und es führte diese Ausbildung des Königsschutzes dazu, daß der König als der Vormund aller jener Personen betrachtet wurde, welche unter seinem Schutze standen.

Als nun unter Carl dem Großen die königliche Gewalt überhaupt eine größere Ausdehnung bekommen hatte, so wurde auch — wie Kraut deutlich ausführt — der Königsschutz über seine ursprünglichen Grenzen erweitert, so „daß er nicht mehr blos den Familienschutz ersetzte, sondern daß er sich rücksichtlich aller wehrlosen Leute neben dem Familienschutze stellte [20]), so daß der König auch neben der Familie ganz in dasselbe Verhältniß zu den Vormündern kam, worin die Familie bis dahin allein zu ihnen gestanden hatte, und daß, wie früher die Familie, so nunmehr der König eine Aufsicht über die Vormünder übte und die Unmündigen gegen diese schützte“ [21]).

Nachdem der Familienschutz durch den Königsschutz immer mehr und mehr verdrängt worden war, nachdem sich die Obervormundschaft als Attribut der richterlichen Gewalt — wie wir in der Folge sehen werden — immer mehr ausgebildet hatte,

---

[13]) Kraut, I. Bd., S. 62.
[14]) Ebenda, S. 64.
[15]) Ebenda, S. 65
[16]) Ebenda, S. 70.
[17]) Ebenda, S. 73.
[18]) Ebenda, S. 73.
[19]) Ebenda, S. 67.
[20]) Ebenda, S. 77.
[21]) Ebenda, S. 82.

war es ganz klar, daß sich die Lehren des römischen Rechtes mit mehrfachen Modificationen im Vormundschaftsrechte immer mehr befestigen konnten.

Denn je mehr die vormundschaftliche Gewalt sich in den Händen der Gerichte concentrirt hatte, welche mit den fremden Rechten vertraut waren, je mehr die vormundschaftliche Gewalt den Familien entfallen war, um so leichter mußte die römische Anschauung von der cura in Deutschland Eingang finden, um so leichter mußten alle jene Arten der Vormundschaft entweder entfallen oder doch verblassen, deren Wesen nicht in einer Sorge für die Person und für das Vermögen eines schutzbedürftigen Individuums bestanden hatte.

Aus diesen angeführten Gründen mußte die Geschlechtsvormundschaft, welche sich bis dahin aus germanischer Wurzel erhalten hatte, sich gefallen lassen, aus dem gemeinen Rechte in's Particularrecht gedrängt zu werden; aus diesem Grunde entfiel die deutsche Vormundschaft über Geistliche, und aus demselben Grunde schossen die Unterschiede der tutela impuberum und der cura minorum nach der Reception des römischen Rechtes in das einheitliche Institut der Altersvormundschaft zusammen.

Aber auch andere Wirkungen ergaben sich aus den vorausgesandten Prämissen.

So wurde es Anfangs gar nicht bemerkt, daß die patria potestas des römischen Rechtes im Principe weit von den Grundsätzen der deutschen Vormundschaft des Vaters abwich, welche Abweichungen man als unbedeutende Modificationen des römischen Rechtes durch die deutsche Sitte ansah [22]); so dehnte sich die Vormundschaft alsbald auf die nach dem deutschen Rechte eines Vormundes nicht fähigen unehelichen Kinder aus; so mußte es endlich geschehen, daß der Begriff der Vogtei über Kirchen und kirchliche Institute, welcher der gleichen deutschen Wurzel entstammte, fortan von den übrigen Arten der Vormundschaft getrennt behandelt wurde.

Haben wir mit diesen wenigen, hauptsächlich den in den Noten angeführten Specialwerken von Rudorff und Kraut entnommenen Zügen das Bild des Vormundschaftsrechtes skizzirt, wie sich dasselbe nach der Reception des römischen Rechtes entwickelt hatte und wie dasselbe in Deutschland bestand, so werden wir nun auch an die weitere Aufgabe herantreten können, welche Hauptarten der Vormundschaft sich nach der Reception des römischen Rechtes in Deutschland erhalten hatten.

---

[22]) Kraut, I. Bd., S. 101.

Kraut macht in dieser Beziehung die Dreitheilung zwischen der eigentlichen Vormundschaft, der sogenannten natürlichen und der in der Mitte zwischen beiden liegenden Geschlechtsvormundschaft. Die eigentliche Vormundschaft zerfällt nach Kraut weiter in die ordentliche und die außerordentliche, so daß unter die ordentliche Vormundschaft Minderjährige, Geistes- und Leibeskranke, Verschwender und solche Personen, welche sich freiwillig unter die Vormundschaft stellen, und unter die außerordentliche Vormundschaft (nebst anderen minder bedeutenden Arten) die unbekannten Abwesenden und die noch nicht geborne Leibesfrucht fallen.

Die natürliche Vormundschaft umfaßt nach Kraut die Vormundschaft des Ehemannes über seine Frau und des Vaters über seine ehelichen Kinder, wogegen schließlich sich die Geschlechtsvormundschaft auf unverheiratete Weiber bezieht [23]).

Auch anerkennt Kraut rücksichtlich dieser sämmtlichen Arten der Vormundschaft, daß sich dieselben im 16. Jahrhunderte bereits in der angedeuteten Weise geschieden hatten.

Schreiten wir nach diesem Ausblicke auf das gemeine Recht zum österreichischen Rechte zurück, so sagen uns die Rechtsquellen alsbald, daß auch in Oesterreich im 16. Jahrhunderte die Entwickelung mit Deutschland im Ganzen den gleichen Schritt gehalten hatte.

Auch in Oesterreich stoßen wir bereits im 16. Jahrhunderte auf die Ausdehnung der Rechte und Befugnisse der Obervormundschaft; auch in Oesterreich ist es der Begriff der cura, wie ihn das römische Recht entwickelt hatte, der in der Auffassung des Vormundschaftswesens durchschlägt; auch in Oesterreich endlich finden sich die meisten der vorerwähnten Arten der Vormundschaft bereits im 16. Jahrhunderte entwickelt vor.

Was zunächst die Altersvormundschaft betrifft, so ist der einheitliche Charakter derselben bereits in der „Policeyordnung der fünff niederösterreichischen Lande vom Jahre 1572" gewahrt und nirgends mehr findet sich in diesem Gesetze eine Hinweisung auf eine praktische Unterscheidung zwischen Tutel und Curatel.

Im weiteren Verlaufe hat aber das österreichische Particularrecht es als eine Eigenthümlichkeit zum bewußten Ausdrucke gebracht, daß dasselbe den gemeinrechtlich, mindestens dem Namen nach, aufrechterhaltenen Unterschied gar nicht anerkenne.

Denn wenn die Reichspolizeiordnungen vom Jahre 1548, Tit. 31, §. 1, und 1577, Tit. 32, §. 1, bestimmten, „daß den Pupillen und minderjährigen Kindern bis zu ihren vogt-

---

[23]) Kraut, Band II, S. 1 u. ff.

baren (und mannbaren) Jahren Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollen"; wenn die Vormundschaft bis zu den mannbaren Jahren des „Pupillen" „tutela" und der Pfleger bis dahin „tutor", dagegen von da an bis zu den vogtbaren Jahren des „minor" die Pflege „cura" und der Pfleger „Vorsteher" heißen sollte[24]), wenn daher nach den genannten Reichspolizeiordnungen der Wortunterschied dem recipirten römischen Rechte entsprechend erhalten werden wollte, so verfügte im Gegensatze dazu die niederösterreichische Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669[25]): „daß gleichwie bishero in diesem unserm Ertz-Hertzogthumb Oesterreich zwischen denen Unmündigen und Minderjährigen wie auch denen Tutoren und Curatoren diesfalls kein Unterschied gehalten worden, also es noch hinfüran darbey verbleiben und die Gerhab- und Vormundschafft auff ein und andere, biß zur Erreichung der Vogtbahren Jahren auch durchgehend sowohl auff die Persohn als die Güter verstanden werden soll", und es stand diese Anschauung mit der Praxis der Gerichte so sehr in Uebereinstimmung, daß Suttinger unter dem Schlagworte „Minorum Contractus" eine denselben Grundsatz bestätigende Entscheidung schon aus dem Jahre 1652 citiren konnte[26]).

Auch in der späteren Gesetzgebung hat sich die Einheit der Altersvormundschaft erhalten und ist auch dieser Charakter, insbesondere noch in der Josefinischen Gesetzgebung, gewahrt geblieben, so daß sich diese Eigenthümlichkeit des österreichischen Rechtes auf eine dreihundertjährige Entwickelungsgeschichte stützen konnte.

Der cura furiosi et debilium personarum erwähnten nicht nur die Policeyordnung des Jahres 1552, sondern ebenso die Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669, die landmarschallische Gerhabschaftsordnung vom 3. April 1727 und das Josefinische Gesetzbuch, und alle diese Gesetze kennen auch die cura prodigi, deren ältere Regelung schon in den Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 stattgefunden hatte.

Die cura ventris, beziehungsweise die Vormundschaft über Ungeborne, findet sich ebenfalls schon in der niederösterreichischen Gerhabschaftsordnung, ebenso in dem „Satz und Ordnung des Erbrechtes außer Testament vom Jahre 1720" geregelt, welch' letzteres Gesetz auch noch die cura hereditatis jacentis und die cura absentis kennt.

Schließlich erscheint die väterliche Gewalt vielfach schon in den älteren Rechtsquellen als eine Art der Vormundschaft aufgefaßt und findet sich im österreichischen Rechte nirgends, daß die Lehre

---

[24]) Rudorff, I. Band, S. 115.
[25]) N. ö. Gerhabschaftsordnung, I. Titel, §. 2.
[26]) Joan Bapt. Suttinger, S. 510.

der patria potestas des römischen Rechtes in ihren römischen Eigenthümlichkeiten Spuren zurückgelassen hätte.

Als Beleg dieser unserer Behauptung citiren wir hier nur vorbehaltlich des näheren Nachweises an maßgebender Stelle die Polizeiordnung des Jahres 1552, welche damals schon bestimmt hatte, daß der „eheleibliche Vater, wo der am Leben ist .... Gerhab seiner Kinder ist", eine Anschauung, welche in der späteren Rechtsentwickelung erhalten geblieben ist.

Dagegen findet sich im österreichischen Rechte des sechzehnten Jahrhunderts keine Spur einer Geschlechtstutel über unverheiratete Weiber, und ebensowenig wird auf das Verhältniß des Ehegatten zu seiner Frau der Begriff der Vormundschaft angewendet.

Die eben in Kürze gewonnenen Resultate reichen nunmehr hin, um die Eintheilung des Stoffes festzustellen.

Wir werden nur solche Rechtsverhältnisse als Fälle der Vormundschaft unserer Betrachtung unterziehen, rücksichtlich welcher sich eine cura im Sinne des späteren römischen Rechtes, eine Sorge und Verwaltung der Angelegenheiten schutzbedürftiger Personen in Oesterreich herausgebildet hatte; und als weiteres Criterium dieser unserer Inhaltsbestimmung heben wir hervor, daß sich rücksichtlich sämmtlicher von uns zu behandelnder Arten der Vormundschaft der Einfluß der Obervormundschaft bereits kräftig in unserem Stammlande entwickelt hatte.

Es werden sich demnach für unsere Abhandlung folgende Abschnitte ergeben:

1. Die Altersvormundschaft; 2. die Vormundschaft über Geisteskranke und Gebrechliche; 3. die Vormundschaft über Verschwender; 4. die Vormundschaft über Ungeborene; 5. die Vormundschaft über Abwesende, und 6. die Vormundschaft des Vaters über seine ehelichen Kinder.

In zwei weiteren Abschnitten (7 und 8) werden wir der Frage gedenken, inwiefern in Oesterreich Beschränkungen der Handlungsfähigkeit der Frauen überhaupt und der Ehefrauen insbesonders sich erhalten haben.

Zum Voraus endlich wollen wir unsere Leser aufmerksam machen, daß sowohl in die österreichische Legislation als auch in die Doctrin die römische Terminologie in solchen Beziehungen gedrungen ist, in welchen die deutschrechtliche Entwickelung zu den römischen Benennungen in keiner Weise mehr paßte, daß aber eben aus diesen Unterschieden der Benennung nicht alsobald auf eine ungeänderte Reception des römischen Rechtes selbst geschlossen werden darf.

I. Hauptstück.

Altersvormundschaft.

I. Capitel.

Altersstufen.

1. Gemeines Recht.

Mehrere Belegstellen aus dem österreichischen Rechte des Mittelalters, die wir weiter unten beziehen werden, zeigen ganz deutlich, daß das ältere österreichische Recht die Mündigkeit und Vogtbarkeit sehr früh, und zwar bei Knaben mit dem vollendeten vierzehnten, bei Mädchen mit dem vollendeten zwölften Jahre, eintreten ließ. Im 16. Jahrhunderte finden wir im österreichischen Rechte bereits viel spätere Termine der Mündigkeit vor; es war das Alter von 18, 20 und 22 Jahren entscheidend. Diese Altersstufen befestigten sich nach mehrfachen Richtungen im 17. Jahrhunderte, bis endlich die Gesetzgebung Maria Theresia's nach einem schüchternen, im Jahre 1751 gemachten Versuche, im Jahre 1753 die Altersgrenze auf 24 Jahre hinausschob; Kaiser Josef verblieb endlich zwar bei diesem späteren Termine, aber es war das Bestreben in seiner Gesetzgebung deutlich sichtbar, diese Altersgrenze nur als regelmäßigen Termin hinzustellen und es dem Ermessen des Richters anheimzustellen, die jedesmal nothwendige Großjährigkeitserklärung noch weiter, je nach den Umständen des concreten Falles, zu verlegen.

Rücksichtlich der Altersstufen war in Oesterreich stets das germanische Rechtselement entscheidend; weder im 16. noch im 17. Jahrhunderte vermochten die Termine des römischen Rechtes einzudringen. Die Gerhabschaftsordnung, welche sich noch in der Definition des Vormundschaftsbegriffes willig an die gar nicht mehr passende Begriffsbestimmung des Juristen Servius [1])

[1]) Die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 definirt im 1. Titel, §. 1: „Die Gerhab- oder Vormundschaft als ein Recht und Gewalt

angeschlossen hatte, vermochte im Punkte der Altersstermine den gefestigten Landtsbrauch nicht zu überwinden und die germanische Wurzel des Vormundschaftsrechtes erwies sich fort und fort in dieser Beziehung wirksam.

Es ist aus diesem Grunde auch für unsere Frage von entscheidender Wichtigkeit, auf die Altersstufen des deutschen Rechtes einige kurze Blicke zu werfen und das Studium des österreichischen Rechtes durch Herbeiziehung des in dieser Beziehung bereits erforschten deutschen Rechtes zu unterstützen.

Kraut, dem wir auch in dieser Materie unbedingt folgen [2]), weist zunächst darauf hin, daß in den ältesten, von Tacitus geschilderten Zeiten, die Mündigkeit mit der Waffenfähigkeit des Knaben begonnen, und daß erst allmälig aus diesem individuellen Termine eine abstracte Altersgrenze, welche bei verschiedenen Völkern verschieden war, erwachsen sei; um zu bezeichnen, daß Jemand diese Altersstufe erreicht habe, bedienen sich die Quellen der Ausdrücke „zu seinen Jahren kommen", „bescheidene Jahre (anni discretionis), bescheidene Tage, Bescheidenheit, Jahre der Bescheidenheit, kenntliche Jahre, vogtbare Jahre, mundbare Jahre"; schon in alten Zeiten machte sich aber das Streben sichtbar, die Altersstufen hinauszuschieben; die ältesten Gesetze enthielten die frühesten Mündigkeitstermine von 10 Jahren, die späteren setzten dafür meist 12 Jahre.

Als Wirkungen der Mündigkeit ergaben sich die Fähigkeit, die Waffen zu tragen, die bürgerliche Selbstständigkeit, die Eidesfähigkeit, das Recht, ohne Vormund vor Gericht zu klagen und verklagt zu werden, die Fähigkeit zum Zeugnisse, das Recht, vom Vormunde die Herausgabe seines Vermögens zu verlangen, die freie Verfügung des Mündigen über sein Vermögen, endlich das

zur Beschützung derjenigen Leuth und derselben Güter, welche wegen ihrer Jugend oder anderer Ursachen halber ihnen und ihren Güter nicht vorstehen können." — Es leuchtet sofort ein, daß die Pandektenstelle l. 1 §. 1 Dig. XXVI, I auf die Definition der Gerhabschaftsordnung von dem entscheidendsten Einfluße war und daß die Worte derselben Stelle: „Tutela est, ut Servius definivit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa" möglichst widergegeben werden sollte; allein auch noch der andere Grundsatz: „Tutor personae non rei vel causae datur" sollte in der Definition Aufnahme finden; da aber die Tutel oder Curatel nach der Gerhabschaftsordnung zusammenfallen sollten, so war es natürlich, daß dieses Gesetz die Gerhabschaft als eine Beschützung der Person und derselben Güter verstanden wissen wollte. Reutter (S. 3) bezieht sich einfach auf die Definition der Gerhabschaftsordnung; Weingärtler (S. 17) auf die Definition des römischen Rechtes; Bossius (S. 277) weist nur auf die Analogie der vormundschaftlichen und väterlichen Gewalt hin und Banniza (S. 21) polemisirt in ironischer Weise gegen die Schriftsteller, welche die römische Definition für die heutige Vormundschaft recipiren.

[2]) Kraut, I, S. 110 u. ff.

Recht zur Eingehung einer Ehe, welches auch der Jungfrau mit dem vollendeten zwölften Jahre zu Theil wurde.

Ein so früher Eintritt der Mündigkeit konnte nur zu einem so höchst einfachen Rechtszustande passen, wie man denselben bei den alten Deutschen findet[3]); seitdem die Rechtsverhältnisse verwickelter wurden, mußte es bedenklich erscheinen, die Kinder in so jungen Jahren sich selbst zu überlassen, und die verschiedenen deutschen Volksrechte fanden auch verschiedene Auswege, um diesem Uebelstande zu begegnen; entweder wurden die Mündigkeitstermine einfach hinausgeschoben, oder es wurden zwar die Mündigkeitstermine des alten Rechtes beibehalten, dagegen aber dem mündig gewordenen Knaben gestattet, wenn er sich noch nicht für selbstständig genug hielt, noch eine Zeit lang einen Vormund zu haben[4]).

Die Rechte, welche den ersten Weg wählten, verfuhren wieder auf verschiedene Weise; in einigen Rechten wurden die Altersstermine nur für einzelne Wirkungen der Mündigkeit, rücksichtlich welcher die größten Bedenken obwalteten, hinausgeschoben; in anderen Rechten wurde die Mündigkeit selbst in einen späteren Zeitpunkt verlegt, dagegen einzelne Wirkungen der Mündigkeit bei den früheren Terminen belassen; auf diese Weise entstanden in Deutschland neue Mündigkeitstermine mit dem verschiedenen Alter von 15, 18, 20 und 24 Jahren.

Als das römische Recht nach Deutschland eindrang, war es nicht zu verwundern[5]), daß dasselbe frühe Einfluß auf das deutsche Recht erhielt; das Justinianische Recht hatte ja auch schon die einigen deutschen Rechten verwandte Bestimmung enthalten, daß nur impuberes nothwendig einen Vormund haben müssen, daß dagegen minores nur zu einzelnen Geschäften eines Vormundes bedürfen, einen allgemeinen Vormund aber nur dann erhalten, wenn sie sich einen solchen erbitten; in Deutschland schloß sich an diese Regel des römischen Rechtes die Auslegung vielfach dahin an, daß auch puberes bis zur major aetas nothwendig einen Vormund haben müssen, und daß zwischen impuberes und puberes nur der Unterschied bestehe, daß bei den Ersten schon durch das Gesetz bestimmt sei, wer die Vormundschaft über sie zu führen habe, daß hingegen die Letzteren sich den Vormund selbst wählen dürfen.

Nachdem die Reichspolizeiordnungen der Jahre 1548 und 1577 den Grundsatz gebilligt hatten, daß Pupillen und minderjährige Kinder jederzeit bis zu ihren mannbaren (vogtbaren)

---

[3]) Kraut, I, S. 132 u. ff.

[4]) Kraut, I, S. 144 u. ff.

[5]) Kraut, S. 150 u. ff. Abweichend wird dieser Punkt dargestellt von Dr. Friedrich Rive in seinem Werke „Die Vormundschaft im deutschen Rechte des Mittelalters", S. 56—68.

Jahren einen Vormund haben müssen, so hieß dann in der Folge in Deutschland mündig Derjenige, welcher die major aetas erreicht hatte, und impuberes und minores wurden unter dem Gattungsbegriffe der Unmündigen zusammengefaßt.

Später wurde nun zwar in Deutschland vielfach die Mündigkeit, entsprechend den Grundsätzen des römischen Rechtes, auf 25 Jahre hinausgerückt, so daß dieser Termin als der gemeinrechtliche angesehen wurde; dagegen erhielten sich dennoch particularrechtlich andere Mündigkeitstermine, die aber nur zum Theile die des alten deutschen Rechtes waren.

Mit diesen Sätzen schließen wir den Blick auf die deutsche Rechtsentwickelung, um uns der particularen Rechtsgeschichte Niederösterreichs zuzuwenden, indem wir nunmehr auch im Stande sind, die Bestimmungen des heimischen Rechtes mit der gleichzeitigen Fortbildung des gemeinen deutschen Rechtes jederzeit entsprechend zu vergleichen.

2. Oesterreichisches Recht bis zum 16. Jahrhunderte.

Die alten deutschen Mündigkeitstermine kamen in Oesterreich noch im 13., 14. und 15. Jahrhunderte vor; die österreichische Landesordnung, welche Lucca[1]) in das Jahr 1198 und Senkenberg[2]) in das 13. Jahrhundert verlegt, enthält in den zwei Versionen, der gedruckten Ausgabe des Peter v. Ludewig und dem Manuscripte des Grafen Harrach, folgende maßgebende Stelle:

Ludewig XLII (S. 253): „Wenn Vatter und Mutter den Kindern absterben, was die Guets ihren Kinden lassen in Nutz und Gewöhr, da sollen sye mit Ruhe haben, vor aller Ansprach untz, daß sye kommen zu ihren Jahren, der Knecht hintz vierzehen Jahren, die Jungfrau hintz zwoelff Jahren, nach den Jahren sollen sy antworthen also recht ist nach Landes Gewohnheit, wer gegen ihn nicht zu sprechen hat, will auch die Jungfrau jetzt bestetten ihres aygens, das hat nicht Krafft unz das sy ainen Konmann genymbt. Leget sy aber ainen mann zu ihr was sy dann lobet, das hat crafft."

Harrach LXIX (S. 253): „Wenn Vater und (Mutter) den Kindern abstirbt, was die guts Irn Kindern lassent in nutz und in

---

[1]) Lucca, Justizcodex, Band I, S. 1. — Lucca eröffnet mit dieser Landesordnung die Reihe seiner österreichischen Rechtsquellen; er hat beide im Texte genannte Versionen abgedruckt.

[2]) Heinrich Christian Baron v. Senkenberg's Visiones diversae de Collectionibus Legum Germanicarum. Lipsiae 1765. Senkenberg bringt diese Landtsordnung unter dem Appendix II, welcher die Statuta Antiquissima Germaniae VI enthaltet; die Landtsordnung ist bei ihm überschrieben: „Jus antiquissimum Austriae Seculi XIII ex Ludewigiano impresso et Harrachiano M. S. C. compositum. S. 212—268.

Gewer, die ſullen das haben mit ruhe, unz ſi kommen zu iren Jaren und ſind die Jar alſo dem Knecht virzehn Jahr und der Junghfrawn zwelif Jar und was man mit den beſteten ſol, da ſol man gewishait umb nemen untz die Kind zu irn Jaren koment der Knecht als vorgeſchieben iſt und untz das die Jungkfrawe vogtper wirdet."

Hatte die angezogene Stelle der älteſten öſterreichiſchen Landesordnung die Altersgrenze des „zu ſeinen Jahren kommen" genau beſtimmt und wurden die „Jahre" bei den Knaben mit vierzehn und bei den Mädchen mit zwölf angeführt, ſo können wir auch noch auf andere ſpätere Quellenzeugniſſe verweiſen, in denen muthmaßlich dieſelbe niedere Stufe der Mündigkeit mit der Benennung „beſcheidene Jahre" bezeichnet wurde.

So erwähnten die Geſetze Friedrich des Streitbaren für Hainburg aus dem 13. Jahrhunderte[3]) „der beſcheidenen Jahre", ſo handelte auch insbeſonders die für Wien erlaſſene Constitutio Albertina vom Lichtmeßtage 1383[4]) von den Kindern, „welche zu ihren beſcheidenen Jahren kommen und vogtbar werden", und ſtellte entſprechend der obbezogenen Terminologie des deutſchen Rechtes die Benennungen „beſcheidene und vogtbare Jahre" als Synonime nebeneinander.

Daß endlich auch noch im 15. Jahrhunderte die Mündigkeit und Vogtbarkeit der Männer mit 14 Jahren eintrat, beweiſt die Thatſache, daß Kaiſer Sigmund im Jahre 1411 den öſterreichiſchen Herzog Albrecht von aller Vormundſchaft frei und ledig ſprach, indem er darauf hinwies, daß er von der Herzogen Ernſt und Albert's Räthen „und anderen glaubhaften leuten un-

---

[3]) Senkenberg a. a. O., S. 268 u. ff.: „Friderici Austriaci Bellicosi Leges pro Heimburgensibus Seculi XIII quibus recentiores aliquae adscriptae ex Cod. M. S. C. perg. Juris Provinc., Alemannici conventus ad Annunciatiam. Viennae. Fol. Seculi XIV. Die entſcheidende Stelle findet ſich auf S. 278 und 279.

[4]) Cod Austr. Unter dem Schlagworte „Wiener-Stadt", Bd. II, S. 474. Die Stelle lautet: „Ob ein Mann abgeht mit Todt, ehe dann ſein Hausfrau, und daß er ihr Kinder hinter ihme laſſen, die ſie miteinander haben, und daß dann die Frau einen andern Mann nimbt und mit demſelben auch Kinder gewinnt, die ſind dann mit den erſten Kindern Geſchwiſter, Mutter halber; und daß die Kinder, die ſie bei ihren erſten Mann hat, abgingen mit Todt, ehe ſie zu ihren beſcheidenen Jahren kommen und ehe ſie Vogtbar würden, oder daß ſie die Erbgüter unverkhombart, unverſchafft und unvermacht hinter ihme ließen, daß dann dieſelben Güter erben und fallen ſollen auff deß erſten Manns Erben, wovon dieſelben Güter herkommen ſind, nach deß Landtsrecht zu Oeſterreich und nicht auf der Kinder Geſchwiſtert von Mutter halber." — Dieſelbe Rechtsregel wird dann für den Fall gegeben, wenn die Frau ſtirbt und der Mann eine zweite Frau nimmt, und dient zur Beleuchtung der Rechtsregel, daß die Güter immer auf den Stamm fallen, von welchem ſie herkamen, welche Rechtsregel auch mit den Worten: „Paterna paternis, materna maternis" ausgedrückt wird.

derweiſet ſei, daz ain gemain lantsrecht in Oeſterreich ſey, daz ain Vatter ſeinen Sun über viertzechen Jar, desſelben Suns alter nicht verſchieben müge[5])."

3. Oeſterreichiſches Recht des 16. Jahrhunderts bis zu der Reform Maria Thereſiens.

Die erſten geſetzlichen Beſtimmungen, welche einen ſpäteren Vogtbarkeitstermin feſtſetzen, finden wir in dem Geſetze, welches für Wien unter dem 12. März 1526 erlaſſen wurde, und welches im Codex austriacus unter dem Schlagworte „Wien", „Eingang neuer Freyheiten", aufgezeichnet iſt[1]).

Unter der Marginalrubrik „Vogtbare Jahre" wurde in dieſem Geſetze verordnet: „Wollen wir (die vogtbaren Jahre) dermaßen geſtellt haben, die Manns Perſohn auf zwei und zwantzig Jahr gantz vollkomen alt und die Weibs Perſohnen auff zwantzig Jahr, doch der Geſtalt, wo ein Jüngling oder eine Jungfrau vor der Zeit verheurathet würde, ſolle dieſelbe Perſohn, alsbald die in der Ehe beywohnet, für vogtbar geachtet werden."

Dieſes Geſetz gehörte demnach zu jener Claſſe deutſcher Rechtsnormen, welche den Mündigkeitstermin ganz kategoriſch hinausſchoben (wie wir ſie bereits oben kennen gelernt haben).

Dasſelbe Geſetz hatte aber auch noch zwei ſpecielle kürzere Mündigkeitstermine für beſtimmte Richtungen vorgeſchrieben, und zwar für den Eintritt in ein Kloſter und für die Errichtung eines Teſtamentes.

Unter der Marginalrubrik „Clöſterlicher Eingang" wurde verordnet: „Iſt Unſer Meinung: es ſoll bei Vermeydung Unſrer fürſtlichen ſchwären Ungnad und Straff niemand ſeyn Kind, Manns- oder Weibsperſohn, in die Clöſter, darinn zu bleiben, bringen oder nöthen; dann wo ſolches Kind von der Mannsperſohn zwantzig, und von der Weibsperſohn achtzehn Jahr vollkommentlich alt, und in ein Cloſter zu gehen, und ein Clöſterlich Weſen anzunemmen geneigt und begierlich, mag Vatter und Mutter, wo aber Vatter und Mutter nicht mehr in Leben wären, die Freundſchafft darinnen handeln."

Endlich wurde unter der Marginalrubrik „Weibbs-Bilder, Teſtament und Geſchäfft" verordnet: „Aber hinfüro ſolle kein Perſohn, es ſeien Knaben oder Jungfrauen, nicht Geſchäfften thun mögen, es ſey denn der Knab zwantzig Jahr und die Jungfrau achtzehn Jahr völliglichen alt, und wo ſie zu denſelben ihren erſtandenen Jahren, noch in der Gerhaben Händen wären,

---

[5]) Joſef Freiherr v. Hormayr, „Ueber Minderjährigkeit, Vormundſchaft und Großjährigkeit im öſterreichiſchen Kaiſerſtaat und Kaiſerhauſe. Wien 1808, S. 79.

[1]) Codex austr. II, S. 476—492.

sollen sie, wo sie Geschäfft üben wöllen, dasselb mit Wissen der Gerhaben und der nächsten Freunden thun."

An dieses Gesetz knüpfen sich mehrere Bemerkungen; es war dasselbe nur für Wien erlassen und es dauerte lange Zeit, bis das Recht der Stadt Wien gesetzliches Recht Niederösterreichs wurde; es gab aber auch den Anstoß zu der später aufrechterhaltenen Bestimmung, daß die Testamentsmündigkeit allgemein auf einen früheren Termin zurückgeführt wurde, endlich befestigte sich auch bald der Grundsatz allgemein, daß die Vogtbarkeit bei den Frauen früher als bei den Männern eintrete.

Bis zur Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 scheint aber in Niederösterreich eine völlige Uebereinstimmung doch nicht bestanden zu haben, wann der Vogtbarkeitstermin einzutreten habe und namentlich ist zu bemerken, daß die genannte Gerhabschaftsordnung zuerst den allgemeinen Vogtbarkeitstermin für alle Einwohner gleichmäßig festgesetzt hat, was ganz besonders betont werden muß.

„Die Ordnung guter Polizei für die fünff Niederösterreichischen Lande und für die Grafschafft Görz" aus dem Jahre 1552 [2]) scheint in erster Linie den Termin von 20 Jahren, und zwar ohne Unterschied des Geschlechtes, vor Augen gehabt zu haben, indem sie schrieb: „Es soll auch khainem Pupillen vor zwaintzig jare sein Guet überantwort werden, angesehen, das dasselb vorgeend alter sonderlichen zum liederlichen verthuen geneigt und genaturt ist, welches doch auch nit anders verstanden werden soll, dann so der Pupille mit zwaintzig jare heußlich und Tugentlicher aigenschafft wär, ob Er aber liederlich und verthuenlich befunden und gespürt wurde, soll ihme die Erbschafft vor zway und zwaintzig jare seines erraichten alters nicht eingeantwort werden, welche einantwortung auch allain mit Rath, Vorwissen und erkenntniß der Obrigkheit oder Gerichts und der Raithandler beschehen soll."

Aus dieser Stelle ergab sich demnach als regelmäßige Mündigkeitsgrenze für beide Geschlechter das vollendete 20. Jahr, welche Grenze bei sich äußernder Gefahr auf 22 Jahre erstreckt werden konnte.

Mag es nun sein, daß die Analogie mit der für Wien am 12. März 1526 erlassenen Bestimmung dazu geführt hat oder mag die Erfahrung beigetragen haben, daß bei Männern die Neigung zur Verschwendung sich eben in den erwähnten Jahren äußere: jedenfalls können wir constatiren, daß die Altersgrenze von 22 Jahren für das männliche Geschlecht sich noch im 16. Jahrhunderte befestigt hatte, während die Altersgrenze von 20 Jahren

[2]) Oesterr. Polizeiordnung vom Juli 1552, fol. XXII. verso.

für das weibliche Geschlecht erhalten blieb, wie dies auch die Niederösterreichische Landtsordnung vom Jahre 1573 im I. Buche, 12. Titel bezeugt.

So schrieb auch Suttinger unter dem Schlagworte „Majorennis“[3]: „Majorennis in Oesterreich wird der geacht, der das zweiundzwanzigste Jahr erfüllt. Ita in causa Bartholomäus Walther, contra Richter und Rath zu Langenlois, welche verweigert, des Walther's Gerhaben anzuhalten, damit ihm sein Gerhaben, sein Gut mit einem glaubwürdigen Inventario und Gerhablicher Rechnung einamworten sollen. Geben ꝛc. Wann obgenannter Walther zeigen wird, daß er zweiundzwanzig Jahre alt seye, wird ihme alsdann in sein Begehren gewilligt werden; den 15. September anno 1545.“

Diese Entscheidung, welche einen jungen Mann betraf, hatte natürlicherweise die Altersgrenze des weiblichen Geschlechts nicht berühren wollen; es ist demnach die Entscheidung „Majorennis in Oesterreich wird der geacht, so das zweiundzwanzigste Jahr erfüllt“, stricte auf das männliche Geschlecht zu interpretiren.

Im 17. Jahrhunderte wurde dieser durch das Recht der Stadt Wien unterstützte Landtsbrauch zunächst für die Pupillen der zwei oberen Stände gesetzlich bestimmt und deren Vogtbarkeit mit 22, rücksichtlich 20 Jahren festgesetzt.

Das im Codex austriacus abgedruckte, „für die zweyen obern Politischen Stände vom Herrn oder Ritterstand erlassene Gesetz“ Kaiser Ferdinands II. [4]) enthielt unter der Marginalrubrik „Vogtbarkeit deren Manns- und Weibs-Personen“ folgende Bestimmung: „So erklären Wir uns doch ungehindert dessen allem, soviel die Vogtbarkeit anlangt, dahin, daß die Manns-Personen mit zweiundzwanzig Jahren, die Weibs-Personen aber, sobald sie verehelicht oder sich in geistlichen Stand verliebt haben, sonsten aber mit zwanzig Jahren die Vogtbarkeit, und nicht eher, erreichen.“

Endlich bestimmte die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 [5]) ganz allgemein: „Ein jedwedere Gerhabschaft endet sich ..... zum Anderten, wenn der Pupill, so es eine Manns-Persohn, zweiundzwanzig, und wenn es eine Weibs-Persohn ist, zwanzig Jahre des Alters erfüllt hat,“ so daß von nun an der alte langsam erwachsene Landtsbrauch allgemein verbindliche Rechtsnorm für sämmtliche Einwohner Niederösterreichs geworden war.

Wenn die Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669 nach langer Zeit auf die für die Stadt Wien im Jahre 1526 erlassene Rechts-

[3]) Suttinger, Consuetudines, S. 503.

[4]) Codex austr. II, S. 188, siehe ebenfalls auch Suttinger unter dem Schlagworte Puppillen (S. 628) und unter dem Schlagworte Vogtbahr, S. 805.

[5]) Gerhabschaftsordnung, 16. Titel, §. 2.

norm über den allgemeinen Mündigkeitstermin zurückgekommen war, so geschah nicht das Gleiche für die Testamentsmündigkeit; im Gegentheil befestigte sich für das Land Niederösterreich das Alter von 18 Jahren als die untere Grenze der Testamentsmündigkeit ohne Unterschied des Geschlechtes, im Gegensatze zu dem Rechte der Stadt Wien, welches diese Altersgrenze für das männliche Geschlecht mit 20 Jahren eintreten ließ.

Als Beweis unserer Behauptung dient uns zunächst Walther's oberwähntes Werk, welches zwar erst im 18. Jahrhunderte gedruckt, aber schon im 16. Jahrhunderte geschrieben wurde.

Walther schrieb im Tractatus II, Cap. IX [6]): „Welcher oder welche noch zu ihren vogtbaren Jahren nicht kommen, der oder die mag nicht testiren, und wird in diesem Fall die Vogtbarkeit den Landtsbrauch nach auf achtzehen Jahr gestellt. Also welcher Knab oder Jungfraw achtzehn Jahr ihres Alters erreicht, der oder dieselb mag sein oder ihr Testament oder letzten Willen ausführen."

In Uebereinstimmung hiemit verfügte die Landtsordnung des Erzherzogthums Oesterreichs unter der Enns vom Jahre 1573 [7]): „Welche Personn zu ihren Vogtbaren Jahren nit komben, dieselb mag nit testiren, die Vogtbarkeit aber wirdt in diesem Fall dem Landtsbrauch nach auf achtzehn Jahre gestellt. Welcher Jüngling oder Junkfraw nun seine Achtzehn Jahr vollkombarlich und bis auf den letzten Tag erreicht, die seindt also dann ihrer gueter und Auffrichtung ihrer letzten Willen vollmächtig. Doch sich auch ein Personn vor ehebemelten Achzehn Jahren in den Ehestand rechtmäßiger weise begab, so wirdt sie durch den Ehestandt nach Landtsbrauch straks Vogtbar und Testamentsfähig, ungeacht daß der Beischlaf noch nicht beschehen. Derohalben mögen nit allein die wirklichen Eheleute, sondern auch Prautleute in stehenden Prautstandt gegen einander Testament, Donatio ca. mortis oder anderen letzten willen aufrichten."

---

[6]) Walther, Aureus Juris Tractatus, in den Consuetudines Austriacae, Suttinger's. 1718, S. 951.

[7]) N. ö. Landtsordnung (M. S. C.) III. Buch, II. Titel: „Welche Personen nit Testiren mögen." Fol. 212. Vo. Walther's Anschauung, „daß die Testamentsmündigkeit mit 18 Jahren ohne Unterschied des Geschlechtes einzutreten habe", scheint sehr bald gegen die entgegengesetzte Bestimmung der Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 durchgegriffen zu haben. Reutter (S. 10) citirt das letzte Gesetz und bemerkte dazu, daß „nach des Gualteri notatis der Lands-Brauch unter ein Weibs- oder Manns-Person dißfalls keinen Unterschied mache, sondern daß beide, so bald sie das 18. Jahr erreicht, gültig testiren können". Finsterwalder, Bd. II, Obs. CXII. de testamentis imperberum, bezieht sich auf einen Tractact Walther's „de Jure Consuetudin", lib. 3, tit. 2, in welchem wörtlich jene Stelle enthalten ist, die wir eben aus der n. ö. Landesordnung bezogen haben.

Dem aufgestellten Grundsatze scheint auf den ersten Blick eine Stelle aus Suttinger's Consuetudines zu widersprechen, die uns folgende Entscheidung unter dem Schlagworte „Weiber Testament" überliefert[8]): „Ein Exempel, daß einer Jungfrauen Testament, welches sie im 17. Jahr ihres Alters, ohne der Gerhaben Wissen, auch ohne der Obrigkeit Insinuation gemacht, zu Kräfften erkannt werden, ist zu sehen in den Motiven über die Declaration zwischen den Wolf-Wagner'schen Gerhaben und Mathiesen Lasser vom 26. Juli anno 1601."

Allein der Widerspruch verschwindet durch die von Suttinger beigefügte Bemerkung: „NB. Dabei aber zu merken, daß vermeldte Jungfrau schon in Heyrath gestanden und also ex hoc für Vogtbar gehalten wurde" — eine Bemerkung, die deutlich zeigt, daß nicht etwa das Alter, sondern die bevorstehende Verehelichung der Pupillin und deren dadurch begründete Vogtbarkeit die Giltigkeit des Testamentes begründete.

Zum Schlusse können wir endlich auch nicht verschweigen, daß Suttinger unter dem Schlagworte „Vogtbarkeit" auch eine Entscheidung vom 31. Jänner 1591 erwähnt[9]), deren Motive den Grundsatz aussprechen, „daß die Vogtbarkeit sich dem Landtsbrauch nach auf 18 Jahre erstrecke". Da wir aber andererseits gesehen haben, daß die Vogtbarkeit im Jahre 1591 schon auf 20 bis 22 Jahre regelmäßig gestellt war, so haben wir umsoweniger Ursache, in dieser Entscheidung einen principiellen Widerspruch gegen den obentwickelten Grundsatz anzunehmen, als einerseits Suttinger den Rechtsfall, welcher diesen Motiven zu Grunde gelegen ist, nicht angegeben hat und es daher immer möglich ist, daß die Testamentsmündigkeit in dem vorliegenden Falle gemeint war, und als andererseits auch aus der niederösterreichischen Landtsordnung des Jahres 1573[10]) nachzuweisen ist, daß die Altersgrenze von 18 Jahren noch in anderen Beziehungen entscheidend war, wie z. B. bei der Pupillarsubstitution, rücksichtlich welcher dieses Rechtsbuch sagte, „daß solche Pupillar-Substitution sich nicht weiter als auf die Zeit der Vogtbarkeit erstrecke, und daß allsbald die Kinder ihre vollkommbar Achtzehn Jahre erreichen oder durch Heurath vor dieser Zeit vogtbar werden, solche Subsstitution ihr endt erreicht habe und todt und ab werde."

Bei den österreichischen Schriftstellern des 16. und 17. Jahrhunderts haben wir nie mehr ein Andenken an die ältesten deutschen Mündigkeitstermine entdecken können; wohl aber findet es

---

[8]) Suttinger a. a. O., S. 805.

[9]) Suttinger a. a. O., S. 851.

[10]) N. ö. Landtsordnung M. S. C. III. Buch, Tit. XXVI: „Von der Pupillar Subsstitution und den Affter Erbschafften, welche Unvogtbaren Kinder beschehen." Fol. 237 verso.

sich, daß sie sich des Gegensatzes zwischen impuberes und puberes des römischen Rechtes erinnern, eines Gegensatzes, der ihnen jedoch nur den Anlaß gibt, die Eigenthümlichkeit des österreichischen Landesrechtes recht deutlich hervorzuheben.

So schreibt schon Reutter[11]) zu dem Satze: „Pubertas pupilli finit tutelam" nachstehende Bemerkung: „In Austria aliter observatur: Hic enim non pubertate sed demum majorennitate scil. in masculo anno 22 in foemina anno 20 completo finitur tutela, comprehensa cura, quae uno verbo vocantur „Gerhabschafft". Analog schreiben Weingärtler[12]) und Beckmann[13]), und daß auch den Gerichten der Unterschied zwischen impuberes und minor bekannt blieb, zeigt eine Entscheidung vom 23. März 1652[14]), welche von einem Manne handelt, welcher die annos pupillares überschritten, aber noch in seiner minderjährigen Zeit und actualiter noch der Curatel untergeben ist."

Daß übrigens — positive Ausnahmen bei Seite gelassen — die Handlungsfähigkeit nach österreichischem Rechte für Unmündige und Minderjährige gleich sehr beschränkt war, werden wir an seinem Orte noch besonders zeigen.

4. Gesetzliche Bestimmungen unter Maria Theresia und Kaiser Josef.

Wir haben bisher die Zeiträume behandelt, in denen die älteren Mündigkeitstermine von 14 und 12 Jahren gegolten haben; wir haben die Entwickelung dargestellt, welche schließlich zu einer allgemeinen Festsetzung der Vogtbarkeit auf 22 und 20 Jahre geführt hat.

Noch war aber das Streben der Gesetzgebung, die Altersgrenze hinauszurücken, nicht an sein äußerstes Ende gelangt; Maria Theresia hat in dieser Beziehung die entscheidendsten Schritte gethan.

Zwar scheint Carl VI. nach einer dem Codex austriacus einverleibten Verordnung vom 22. Februar 1740, durch welche das Testament des minderjährigen Grafen Mikosch bei Kräften erhalten wurde, eine Herabsetzung des zur Testamentserrichtung erforderlichen Alters im Auge gehabt zu haben, da „Seine Kayserliche Majestät im Anschlusse an die Entscheidung des speciellen Falles versicherten, deß Nächsten quoad testamenta minorennium eine beständige normam festsetzen zu wollen", allein es ist diese Absicht nicht ausgeführt, vielmehr sind 11 oder 13 Jahre später zwei Gesetze erschienen, welche — wie bereits erwähnt — die Beschränkungen der Handlungsfähigkeit noch weiter hinausrückten.

Das erste im Codex austriacus enthaltene Gesetz Maria

---

[11]) Reutter, S. 4.
[12]) Weingärtler, S. 32.
[13]) Beckmann, S. 517.
[14]) Suttinger, S. 510.

Thereſia's vom 26. Februar 1751 [1]) trägt die Ueberſchrift: „Minorennen Schuldeneinſchränkung", und iſt auf Unteröſterreich beſchränkt, während gleichzeitige Geſetze für die anderen Länder analoge Beſtimmungen getroffen haben.

Maria Thereſia bemerkte im Eingange des Geſetzes, „daß ſie ſeither mißfällig wahrgenommen, wasmaſſen Herrn- und Ritterſtands männ- und weiblichen Geſchlechts, wenn ſelbe entweder nach ihren erreichten vogtbaren Jahren aus der Vormundſchaft getreten oder aber bei Abſterben ihrer Aeltern bereits ihre Vogtbarkeit erreicht haben, meiſtens in den erſteren Jahren nach ihrer Vogtbarkeit mit ihrem Vermögen ſehr übel gebahren, und in kurzer Zeit das von ihren Eltern mühſam Erworbene größtentheils durchbringen, um dadurch eben ſowohl Uns als dem Publico zu dienen, auch pro decori familiae, weiter fortzukommen ſich außer allen Stand ſetzen".

„Sie wolle es nun zwar bei den in den Landesgeſetzen ausgemeſſenen terminis majorennitatis noch fernerhin gnädigſt bewenden laſſen, jedoch nur quoad hos effectus, daß eine majorenn gewordene Manns- oder Weibsperſon aus dem Herrn- oder Ritterſtande bei ſeiner oder ihrer Verehelichung pacta dotalia aufrichten, auch über ſein oder ihr Vermögen per actus ultimae voluntatis disponiren könne."

„Dahingegen — ſo fährt Maria Thereſia fort — wollen Wir hiemit ſtatuiret und verordnet haben, daß, wenn auch vermög der Landesgeſetze, eine Manns- oder Weibsperſon die vogtbaren Jahre erreicht hätte, jedennoch derſelbe oder dieſelbe von ſeinem oder ihrem Vermögen absque authoritate Praetoris, und alſo ohne ſolches vorher bei der gehörigen Gerichtsſtelle angezeigt und hierüber die gerichtliche Verwilligung erhalten zu haben, weder etwas zu veralieniren, noch ſolches zu oneriren oder Schulden zu contrahiren, noch einiges Activ-Capital aufzukünden und alſo weder einige Contractus mutui, noch auch andere Contracte über Verſchreibungen, wodurch eine Perſon ihr Conditionem deteriorem macht, zu celebriren und zu errichten befugt ſein ſolle, bis nicht er oder ſie das 24. Jahr vollkömmlich zurückgelegt habe, widrigenfalls, und da dem zuwidergehandelt würde, alle dagegen unternommenen Actus unkräftig, null und nichtig ſeyn ſollen." — „Gleichwie dann auch ein ſolches respectu derjenigen Activcapitalien, welche einer ſolchen majorenn gewordenen Manns- oder Weibsperſon inmittels und bis er oder ſie das 24. Jahr vollſtändig zurückgelegt haben wird, etwa von dem Debitore ſelbſt aufgekündet würden, ebenfalls zu beobachten ſey, daß nämlich ſothane Aufkündigung jedesmal de casu in casum der gehörigen Gerichtsſtelle

[1]) Cod. austr. Suppl.-Bd. III., S. 559.

sowohl von dem Debitore, als auch von dem Creditore angezeiget, und solches aufgekündete Capital hinwieder auf eine sichere Art mit Vorwissen vorgedachter Gerichtsstelle angeleget werde."

Die Monarchin erließ, um weiter dem Gesetze die erforderliche Sanction zu geben, Bestimmungen „gegen einen von dem Minor oder dem Creditor unterlaufenen Dolus, gegen unterloffene wucherische Handlungen und gegen eine culpa creditoris" und fuhr zum Schlusse fort, „daß alles, was hiervorstehend respectu der höheren Standespersonen verordnet worden sei, solches auch für die Bürgerstandspersonen, männlichen und weiblichen Geschlechts, so das 24. Jahr ihres Alters noch nicht erfüllet, verstanden werden solle, mit der alleinigen Ausnahme der Professionisten und Personen vom Handelsstande, jedoch dergestalt, daß dergleichen Leuten die Contrahirung gleich nach erreichter Vogtbarkeit, wenn sie auch das 24. Jahr ihres Alters noch nicht erreicht hätten, zwar nicht verschränket seyn, je gleichwohl aber von einer Person solcher Condition die Handlung oder das Gewerb nicht anderst als authoritate et consensu Praetoris, nämlich des Magistrats oder ihrer respectiven Instanz angetreten werden soll, welche vorher die Eigenschaften und Inclinationen einer solchen Person wohl zu examiniren, sodann auf die Gebahrung mit dem Vermögen und Treibung der Handlung oder Profession fleißig zu invigiliren, und da es sich äußerte, daß ein solcher Mensch mit seinem Vermögen nicht wohl zu gebahren anfange, ex officio solche Fürkehrung zu machen habe, damit selber sein Vermögen nicht versplittere."

Wir haben oben dieses Gesetz als einen schwachen Versuch, die Vogtbarkeit weiterhin auszudehnen, bezeichnet und allerdings verdient dieses Gesetz das ihm von uns gegebene Epitheton; denn der Gesetzgeber, welcher doch ziemlich alle actus inter vivos dem freien Entschlusse des bereits Vogtbaren entzog, nahm dennoch Anstand, den nunmehr so allein entscheidenden Termin von 24 Jahren als Vogtbarkeitstermin zu erklären und der Sache den ihr gebührenden Namen zu geben.

Dieses halbe Gesetz hatte auch nicht lange Wirksamkeit; schon zwei Jahre später erließ Maria Theresia ein neues Gesetz, welches den Volljährigkeitstermin ex professo neu ordnen sollte.

Dieses spätere Gesetz ist Maria Theresiens „Majorennitäts-Jahresbestimmung vom 12. April 1753 [2])."

Die Mitte des 18. Jahrhunderts hatte auch in Oesterreich den Gedanken an eine Einheit der Codification immer mehr zur Reife gebracht; es sollten nicht nur schon nach den Anschauungen der damaligen Zeit die Particularrechte wenigstens in den Hauptprincipien übereinstimmen, sondern selbst der Gedanke, die Staats-

[2]) Cod. austr. Suppl. Bd. III, S. 757.

bürger vor dem Gesetze gleichzustellen, machte sich in recht merklichen Anfängen und Versuchen geltend.

Unter diesem Gesichtspunkte muß Maria Theresia's Gesetz vom 12. April 1753 über die Majorennitätsjahresbestimmung aufgefaßt werden.

Die Kaiserin begrüßt daher im Eingange des Gesetzes „alle und jede Ihrer treugehorsamsten Stände, Inwohner und Unterthanen weß Stands, Würde, Amts oder Wesens, die in Ihren gesammten deutschen Erbkönigreichen, Fürstenthümern und Ländern sind" — und gab dadurch deutlich zu erkennen, daß der Particularismus der Reformen, der noch im Gesetze vom 26. Februar 1751 eingehalten wurde, nunmehr aufhören, und daß namentlich rücksichtlich des Beginnes der vollkommenen Handlungsfähigkeit ein Recht sämmtliche deutschen Erblande und innerhalb desselben alle Menschen verbinden solle.

Das Gesetz trug im Uebrigen einen streng polizeilichen Charakter an sich, was schon aus den Eingangsworten zu entnehmen ist.

Maria Theresia versicherte, „daß sie unter anderen Ihrer Regierungssorgen ohne Unterlaß bemüht sei, solche Fürsehungen zu treffen, damit die in ihren Staaten befindliche Jugend mittelst einer wohl eingerichteten Auferziehung und Erlernung anständiger Wissenschaften zum dereinstigen Nutzen des Vaterlandes und der Kaiserin Dienste wohl angeleitet, dahingegen von der Gelegenheit durch allzu frühe erlangende Freiheit in eine ausschweifende Lebensart zu gerathen, sorgsamst abgehalten werden möge".

Die Kaiserin versicherte weiter, „daß sie in dieser Absicht im Jahre 1751 die Gesetze über Minorennenschuldeinschränkung in den einzelnen Ländern erlassen habe, daß aber die meistens zur Freiheit und Ueppigkeit geneigte Jugend dadurch, daß selbe schon nach erreichtem 20., 21. und 22. Jahre, je nach Unterschied der Landesverfassung, aus der vormundschaftlichen Gewalt und Obsicht austrete und über sich die freie Beherrschung bekomme, die gefährlichsten Wege und Gelegenheiten vor sich sehe, einem unordentlichen Leben anzuhängen, und nicht allein ihre von Gott erhaltenen guten Gaben übel anzuwenden, sondern auch die vorher mit mühsamer Anweisung der Eltern und Vormünder erlernten Wissenschaften wiederum zu vergessen, folgsam sich zum Dienste des Landes und gemeinen Wesens ganz untauglich zu machen".

„Da nun im mildesten Anbetrachte, daß die gute Erziehung der Jugend eine Hauptstütze des Staates sei, diese dagegen nicht wohl ehender die Vollkommenheit erreichen könne als bis derley junge Leute zu reifer Vernunftskraft gelanget und durch eine längere Anwendung und Uebung sich zu rechtschaffener Versehung eines Amtes oder zur Erwerbung ihrer Nahrung tüchtig gemacht, so

habe sich Ihre Majestät aus landesmütterlicher Fürsorge bewogen gefunden, auf ein solches bequemes Mittel fürzudenken, wodurch die allzu frühzeitige Freyheit der Jugend eingeschränket und allem daher entspringenden verderblichen Unheile maßgebig gesteuert werde."

Als dieses bequeme Mittel, den übeln Folgen zu früher Handlungsfähigkeit zu begegnen, ergab sich der Monarchin die Bestimmung, „daß von nun an ohne einiger Rücksicht auf die zeithero beobachtete verschiedene Länderverfassung das gänzlich erfüllte 24. Lebensjahr zur Großjährigkeit und vollständigen Majorennität sowohl für die Manns- als Weibs-Personen, hohen und niederen Stands, Geistliche und Weltliche, mithin nicht allein für den Adel, sondern auch für den Bürgerstand ohne Ausnahme und durchgehends gleichförmig bestimmet, folgbar die Minderjährigkeit bis auf das erfüllte 24. Jahr erstreckt werden, sein und verbleiben soll."

In dem nachfolgenden Abschnitte des Gesetzes wurden die Uebergangsbestimmungen festgesetzt, welche im Wesentlichen von dem richtigen Grundsatze ausgingen, daß dieses Gesetz auch auf jene Menschen Anwendung finden solle, welche das nach dem Landesgesetze zur Volljährigkeit vorgeschriebene Alter vollendet, aber noch nicht das 24. Jahr erfüllt haben; auch wurden die Bestimmungen der Gesetze vom Jahre 1751 eingeschärft und dermaßen verschärft, „daß selbst die von Majorennen agnoscirte und bezahlte von ihnen während der Minderjährigkeit contrahirten Schulden jederzeit der Confiscation unterworfen werden sollten."

Maria Theresia's Gesetz vom Jahre 1753 war aber auch in anderen Beziehungen wichtig, indem es einschneidende Bestimmungen über Testamentsmündigkeit und Eheschließung enthielt, welche auf die Fortbildung unseres Rechtes vom Einflusse geblieben sind.

Rücksichtlich der Testamente erklärte zunächst die Monarchin, „daß sie in favore ultimarum voluntatum zur förmlichen und rechtsbündigen Errichtung eines Testamentes hiemit in Ihren gesammten deutschen Erbkönigreichen und Ländern für das männliche Geschlecht das complete 20., und für das weibliche das 18. Jahr ausdrücklich vorschreibe und festsetze, auch anordne, daß mit diesem Jahre die Substitutio pupillaris ihre Endschaft haben solle".

War durch diese letzten Bestimmungen im Wesentlichen jene Rechtsnorm generalisirt worden, welche die Wiener Freiheiten vom 15. März 1526 zunächst für die Hauptstadt allein enthielten, so stellten sich die neuen Verordnungen über die Ehemündigkeit geradezu in einen grellen Contrast zu dem überlieferten Rechte.

Bis zum Jahre 1753 waren nämlich in Oesterreich die Bestimmungen des canonischen Rechtes, daß Männer mit 14 und Frauen mit 12 Jahren eine giltige Ehe und giltige Sponsalien schließen können — wenn freilich nicht ohne Kampf — aufrecht-

erhalten worden, und es wurden — wie wir weiter unten sehen werden — nur privatrechtliche Nachtheile und selbst Strafen auf Eheschließungen gesetzt, welche ohne Wissen oder Willen der Eltern oder Vormünder erfolgt waren [3]).

Im bewußten Gegensatze zu diesem alten Rechtssatze bestimmte nunmehr der fünfte Abschnitt des uns vorliegenden Gesetzes, „daß, obwohl die Verehelichung junger Leute nach den geistlichen und weltlichen Rechten gleich nach der annis pubertatis, ja die Eheverlöbnisse noch vor diesem mündigen Alter geschlossen werden können und die Monarchin der Freiheit dieses eigenwilligen Geschäftes unbillige Schranken zu setzen nicht gedenke, daß demnach ein Minderjähriger ohne Einwilligung seines Vormundes, Curators und der vorgesetzten Obrigkeit keine Sponsalia giltig contrahiren, noch weniger aber Eheberedungen abschließen, sondern daß alle von Minderjährigen ohne solche Einwilligung oder Genehmhaltung geschlossenen Heiratscontracte an und für sich selbst null und nichtig seien und darauf bei keinem Gerichte einige Reflexion gemacht werden solle".

Ferner wurde die Bestimmung aufgehoben, daß durch die Eheschließung die Ehegatten vogtbar werden; es wurde festgesetzt, daß eine Pupillin, wenn sie einen Großjährigen heiratet, unter die Curatel ihres Gatten komme; daß dagegen, wenn beide Ehegatten minderjährig sind, Beide unter der früheren Vormundschaft verbleiben.

Endlich wurde zum Schlusse die Verfügung getroffen, daß Bürgersleute zwar nach der Meisterwerdung für Majorenne zu halten sind, daß aber das Meisterrecht nicht leicht vor dem 20. Jahre ertheilt werden solle [4]).

Die Ausdehnung des Volljährigkeitstermines auf 24 Jahre im Zusammenhalte mit der anderen Bestimmung der Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669, daß zwischen Unmündigen und Minderjährigen ebensowenig wie zwischen Tutel und Curatel ein Unterschied sein solle, mußte das Bedürfniß nach einem Abschnitt innerhalb des nunmehr zu großen Termines nahezu absoluter Handlungsunfähigkeit wachrufen; und in der That, je weniger das

---

[3]) Die im Texte aufgestellte Behauptung bedarf indeß der Berichtigung, daß nach dem Landsbrauche und nach der Meinung berühmter Schriftsteller die Einwilligung des Vaters zur Giltigkeit der Ehe erforderlich war. Auf diesen Punkt und auf die Auslegung des folgenden Absatzes kommen wir später noch genauer zurück.

[4]) Eine Ausnahme hat in Ansehung der Juden stattgefunden; nach der Resolution vom 31. Juni 1758 sind dieselben nicht unter das Majorennitätspatent zu ziehen, sondern sollten die Juden, wie bisher, großjährig werden; nach dieser Bestimmung wurden sie mit 18 Jahren großjährig, da eben dieser Termin und niemals der Termin von 22 und 20 Jahren bei ihnen beobachtet wurde. Siehe Donner, I. Band, S. 38.

Gesetz es gestattete, der alten pubertas, der Mündigkeit des römischen Rechtes, besondere Wirkungen zuzuschreiben, umsomehr mußte sich die Doctrin gedrängt fühlen, wenigstens theoretisch einen früheren Termin partieller Handlungsfähigkeit zu retten.

So bemüht sich schon Vossius[5]), den Termin von 18 bis 20 Jahren zur Bedeutung eines Mündigkeitstermines hinaufzuschrauben; so konnte selbst das Gesetz Maria Thresia's vom 12. April 1753 nicht umhin, die Concession rücksichtlich der Testamentsmündigkeit zu bestätigen, so mußte man sich endlich auch in späterer Zeit gedrängt fühlen, der positiven Natur der Sache nachzugeben und zwischen einem Knaben von 7 Jahren und einem Manne von 24 Jahren rechtliche Unterschiede der Handlungsfähigkeit zu statuiren. Uebrigens war auch Kaiser Josef des Zweiten Gesetzbuch noch nicht berufen, diesem unerträglichen und ganz gegen die Natur der Sache verstoßenden Zustande entschieden abzuhelfen.

Rücksichtlich der Ehe zwar wurde in diesem Gesetzbuche gar kein Altertermin fixirt, sondern in den §§. 5 - 11 des dritten Hauptstückes lediglich die Verfügung getroffen, daß eine ohne Consens des Vaters, resp. der Vormundschaft, geschlossene Ehe ungiltig sein solle; es konnte demnach mit Einwilligung des Vaters ein 12jähriger Knabe oder ein 10- bis 11jähriges Mädchen zur Ehe schreiten, wenn sie nur die Fähigkeit zur Leistung der ehelichen Pflicht hatte, da ja im Gesetze (§. 43) mit einer absonderlichen theoretischen Consequenz gelehrt wurde, daß die eheliche Beiwohnung die hauptsächlichste und wesentlichste Pflicht der Eheleute sei.

Dagegen wurde im §. 21 des vierten Hauptstückes erklärt, daß Kinder, die ihre Großjährigkeit nicht erreicht haben, in ihren Handlungen, womit ihr Vermögen vermindert oder ihre Person verbindlich gemacht werden könnte, anderen Waisen oder Minderjährigen vollkommen gleichzuachten seien, und im §. 88 des fünften Hauptstückes wurde die Großjährigkeit auf die Vollendung des 24. Lebensjahres gesetzt, ohne daß von einem vorausgegangenen Termine der Mündigkeit in dem ganzen Gesetze die Rede wäre.

Im Gegentheile wurde in dem genannten Paragraphe im Anschlusse an die bisherige Rechtsentwickelung die Bestimmung getroffen, daß die Vormundschaftsbehörde die 24 Jahre alten Waisen auf ihr Anlangen großjährig zu erklären habe, und es bot diese Gesetzesstelle den Anlaß zu bedeutenden Zweifeln, ob das Decret des Gerichtes declaratorischer oder nicht vielmehr constitutiver Natur sei, und in jedem Falle konnte die Handlungs-

[5]) S. Vossius, S. 22: Homines secundnm statum naturalem sunt vel nascituri vel nati masculi vel foeminae; impuberes, masculi usque ad annum aetatis vigesimum, forminae ad annum decimum octavum; vel puberes masculi expleto anno vigesimo, foeminae expleto anno decimo octavo; minores viginti quatuor annis, vel majores viginti quatuor annis.

fähigkeit der Pupillen, beziehungsweise deren Beweis vom Gerichte auf eine weitere Zeit hinaus verzögert werden.

Die geschichtliche Entwickelung des Altersstermines in Oesterreich hat uns die verschiedensten und sicher interessanten Daten geliefert; wir konnten stufenweise wahrnehmen, wie die Altersstermine des Mittelalters mit innerer Nothwendigkeit entfallen und neueren weiter hinausgeschobenen Platz machen mußten, und wir konnten sehen, daß diese Veränderung zu einer Zeit vorging, in welcher der polizeiliche Gesichtspunkt das Vormundschaftswesen noch nicht ganz und gar beherrscht hatte.

Wir konnten aber auch weiter wahrnehmen, daß die Bestimmung der Volljährigkeitsgrenze namentlich durch den Einfluß der Doctrin des letztverflossenen Jahrhundertes immer mehr den Charakter polizeilicher Bevormundung der erwachsenen Leute annahm, daß das Streben der Gesetzgebung sich deutlich kundgab, schließlich noch jeden 24jährigen Menschen einer genauen Untersuchung zu unterwerfen, ob er es vermögen werde, sich im Leben weiterzubringen, und daß die Gefahr nahelag, den vormundschaftlichen Zwang weit über die durch die Natur der Sache gebotenen Grenzen auszudehnen.

Diese Entwickelungsgeschichte spendet aber auch den Codificatoren unseres bürgerlichen Gesetzbuches ein großes Lob, indem sie zeigt, mit welcher Weisheit die Codificatoren den überlieferten Uebelständen zu steuern wußten, wie richtig sie den Mündigkeitstermin neuerdings in das Gesetz eingeführt und wie sie sich bemüht haben, die Sicherung der Rechte schutzbedürftiger Personen mit der nothwendigen Freiheit des Verkehres zu versöhnen.

Die Entwickelungsgeschichte zeigt aber noch ein anderes Resultat; dem alten österreichischen Rechte war der Volljährigkeitstermin von 24 Jahren ebenso fremd, wie derselbe heutzutage sich in den wenigsten Gesetzbüchern mehr findet; der alte österreichische Altersstermin von 22, rücksichtlich 20 Jahren, scheint uns gleichsam von selbst auf die in der Mitte liegende Zahl hinzudeuten, welche von so vielen Rechten angenommen wurde; die 24 Jahre des österreichischen Rechtes charakterisiren sich historisch „als das bequeme Auskunftsmittel", um leichtsinnigem Schuldenmachen zu begegnen; thatsächlich sind aber eben diese 24 Jahre fortwährender Minderjährigkeit zur Unbequemlichkeit der Parteien und der Gerichte geworden, welche um so leichter aus dem geltenden Rechte entfallen können, als ja erfahrungsgemäß eine Großjährigkeitserklärung nach vollendetem 21. Lebensjahre kaum aus anderen als aus solchen Gründen verweigert wird, welche zur Entmündigung eines bereits Großjährigen hinreichen würden.

Haben wir die Lehre von den Altersterminen des österreichischen Rechtes beendet, so obliegt uns nur mehr die eine Bemerkung, daß durch die ganze von uns betrachtete Zeit sämmtliche unvogtbare Personen, und zwar ex officio, bevormundet werden mußten.

Die Lehre des deutschen Rechtes, daß Ehr- und Rechtlose, daß demnach auch uneheliche Kinder keinen Vormund haben können, war mit dem Eindringen des römischen Rechtes aus Deutschland geschwunden; in Oesterreich treffen wir im 16. und 17. Jahrhunderte schon den Grundsatz, daß uneheliche Kinder bevormundet werden müssen, und die Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669 gab — wie wir später sehen werden — dem Vater sogar das Recht, seinen unehelichen Kindern einen Vormund im Testamente zu ernennen.

Der Satz endlich, daß alle Unvogtbaren ex officio bevormundet werden müssen, ist von Suttinger[6]) ausdrücklich bezeugt, der unter den Schlagworten „Waisen-Buchs und etliche Schlüß und Waisen-Sachen betreffend" die Frage, „Ob denen Armen oder auch Anderen, so nun kein Gerhaben erhalten, dieselben ex officio zu verordnen seien?" als „Affirmative" beantwortet, bestätigt.

Wenn zum Schlusse nothwendigerweise zwischen den Pupillen unterschieden werden muß, welche unter der väterlichen Gewalt und denen, welche unter der Vormundschaft sensu stricto standen, so ist hervorzuheben, daß bis zu Kaiser Josef's Gesetzgebung ein Zweifel nicht obwaltete, daß lediglich die eheleiblichen Kinder unter der Gewalt ihres Vaters seien; dem Josefinischen Gesetzbuche, welches sich die Mühe nahm, die Rechte der ehelichen und unehelichen Kinder möglichst zu nähern, beziehungsweise durcheinanderzuwerfen, war es vorbehalten, auch diesfalls eine Aenderung eintreten zu lassen, indem es im §. 12 des vierten Hauptstückes die Bestimmung traf, daß dem unehelichen Vater, „nach dem Maßstabe, als er das Kind unterhalte, die väterliche Gewalt gebühre, wenn er sich derselben nicht freiwillig begeben wolle".

Hat die bisherige Abhandlung gezeigt, welche Personen im Laufe der Zeit ob zu jungen Alters eines Schutzes bedürftig erachtet wurden, so haben wir nunmehr die Pflicht, den Schutz selbst zu betrachten, der im Laufe der Zeit dem jugendlichen Alter thatsächlich zugewendet wurde.

---

[6]) Suttinger, Seite 868.

II. Capitel.

Der Schutz der Minderjährigen.

1. Einleitung.

Stein hat mit vielem Glücke in seiner Abhandlung über das Vormundschaftswesen[1]) den Gedanken an die Spitze gestellt, daß die Vormundschaft ihrem eigentlichen Wesen nach, und zwar ebensogut wie die Persönlichkeit, wie ein Verkehrsact, Kauf, Tausch u. s. w., stets ein und dasselbe sein müsse, daß demnach der Grund der thatsächlichen Verschiedenheit der äußeren Erscheinung der Vormundschaft bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten nicht in deren stets gleichem Wesen, sondern in etwas außerhalb desselben Liegendem gesucht und gefunden werden müsse.

Indem Stein diesen Gedanken des Weiteren dahin ausführt, daß die jedesmalige bestimmte (historische) Gestalt des Vormundschaftswesens, um als organisches Rechtsinstitut verstanden zu werden, auf die ihr zu Grunde liegende Gesellschaftsordnung zurückgeführt und aus derselben erklärt werden müsse[2]), hat dieser Gelehrte auch den richtigen Weg zu dem tieferen Verständnisse des Vormundschaftswesens in vollkommen klarer Weise angedeutet.

In der That konnten wir schon bei den bisher behandelten Abschnitten wahrnehmen, daß die Vormundschaft sich genau an die Entwickelung des wirthschaftlichen Lebens anschloß, daß complicirtere Lebensverhältnisse, welche eine steigende Cultur nothwendig mit sich brachte, die ursprüngliche Art des Schutzes, der sich auf Vertheidigung und Vertretung der Unmündigen vor Gericht beschränkt hatte, zu einer umfassenden Sorge (cura) über die Person und das Vermögen des Mündels umgestalteten; ebenso konnten wir wahrnehmen, daß die Volljährigkeitstermine sich immer weiter hinausschoben, was sicher auch auf wirthschaftliche Ursachen zurückzuführen ist, und daß dieses Streben der Gesetzgebung und der Gewohnheiten langsam aber entschieden zum Durchbruche gelangte.

Aus der Gesellschaftsordnung ist es ferner zu erklären, daß die ganze Zeit hindurch die Ehe- und Testamentsmündigkeit auf einen viel früheren Termin gestellt wurde als die vollkommene Handlungsfähigkeit, insbesondere aber als die Freiheit zu den Geschäften unter Lebenden, und es zeigt sich der wirthschaftliche Factor

[1]) Dr. Lorenz Stein: „Studien aus der Verwaltungslehre: Das Vormundschaftswesen." In Haimerl's Vierteljahrsschrift, 16. Bd., S. 224 bis 294.

[2]) Stein a. a. O., S. 235.

so sehr wirksam, daß selbst in dem, eine allgemeine Norm enthaltenden Majorennitätsjahrebestimmungs-Patente vom 12. April 1753 der Grundsatz ausgesprochen wurde, daß das Meisterrecht die sonst gewöhnliche Volljährigkeit abkürze, eine Verfügung, welche wohl nicht anders erklärt werden kann, als daß das sociale Bedürfniß, das Meisterrecht unter Umständen noch vor dem 25. Lebensjahre zu verleihen, sich sehr wirksam erwiesen haben muß.

In erster Linie wird aber die Gesellschaftsordnung und deren örtliche und zeitliche Entwickelung bedeutend *für die Art*, in welcher der vormundschaftliche Schutz ausgeübt wird, oder, was vielfach damit zusammenfällt, *für die Organe des Schutzes*, welche dem Minderjährigen zur Seite stehen sollen.

Wenn wir in dieser Richtung einen Blick auf die ganze von uns betrachtete Periode werfen, so nehmen wir wahr, daß es schon seit dem 16. Jahrhunderte in dem Erzherzogthume Oesterreich unter der Enns als Regel galt, daß jeder Minderjährige einen doppelten Schutz, *durch den Vormund* und durch *die Obervormundschaft*, haben solle.

So sehr aber die Regel von dem doppelten Schutze die ganze Zeit des 16. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts durchdringt, ebensosehr ist es nicht zu verkennen, daß Ueberbleibsel des früheren Zustandes auch noch in unsere Periode hineinragen, welche ein ganz anderes Bild zeigen.

Wir werden es unten genauer sehen, daß namentlich bei den oberen politischen Ständen die Bedeutung der Familie in dem Vormundschaftswesen sich lange erhalten konnte, daß den Unvogtbaren dieser begünstigten Gesellschaftsclassen hauptsächlich, dann aber auch den Bürgern solcher Städte, welche eigene Freiheitsbriefe besaßen, der Schutz der Freundschaft gesetzlich gesichert wurde, welcher sich gleichsam in die Mitte zwischen Vormund und Obervormundschaft hineinschob.

Wir werden aber auch weiter sehen, daß stufenweise der Einfluß der Familie sich verlor, und daß diese Entwickelung gleichen Schritt mit dem Verblassen der ständischen Unterschiede hielt, so daß am Ende des 18. Jahrhunderts Vormund und Obervormundschaft sich schon vollkommen in die Functionen der Familie getheilt hatten.

Ebenso wird sich bei der Detailbearbeitung durch Quellenzeugnisse klar herausstellen, daß bei den niederen Ständen, namentlich bei den unterthänigen Personen, die Gerichtsbarkeiten — sei es Richter und Rath bei den Städten und Märkten am Lande, sei es der Grundherr bei den Unterthanen — ursprünglich nicht so sehr Obervormünder als vielmehr Vormünder waren, daß erst langsam den genannten Gerichtsherren eingeschärft werden mußte, die Administration des Waisenvermögens nicht unmittelbar selbst

in die Hand zu nehmen, daß ihnen anbefohlen wurde, einen Vormund zu setzen, was bis dahin nicht Gebrauch gewesen zu sein scheint.

So sehen wir denn, daß die gleiche Regel, welche schon im 16. Jahrhunderte galt, einen sehr ungleichen Zustand hinter sich hatte, daß sich die Gleichheit dadurch nach und nach herausstellte, daß die oberen Gesellschaftsclassen ein Organ des Schutzes verloren, während den niederen Classen ein neues Organ erschaffen wurde.

Diese ganze Entwickelung führt uns von selbst auf die doppelte Wurzel des germanischen Vormundschaftsrechtes zurück, deren wir, unter Hinweisung auf Kraut's vorzügliches Werk, schon oben gedacht haben.

Dort oben sahen wir schon, daß der Familienschutz des deutschen Rechtes im innigen Zusammenhange mit der Vollfreiheit des Individuums stand, und daher ist es begreiflich, daß namentlich bei den oberen Ständen sich die Reste dieses Schutzes erhalten konnten, nachdem die Obervormundschaft sich schon kräftig entwickelt hatte; weiter ist es aber aus dieser Thatsache erklärlich, daß überall dort, wo die Obervormundschaft, das mundium regis, sich neben den Familienschutz gesetzt, ein Vormund längst früher schon bestanden hatte, und demnach eine Vermengung der Begriffe von Vormundschaft und Obervormundschaft nicht eintreten konnte.

Im Gegensatze zu diesem Bilde erhellt es deutlich, daß in jenen socialen Kreisen, in denen die Vormundschaft selbst unmittelbar aus dem mundium regis erwachsen war, die Gerichtsbarkeit, an welche die Ausübung dieses Schutzes gediehen war, ursprünglich die Rolle des Schirmvogtes, des Vormundes übernehmen mußte, und daß sie im Beginne einen neben sich bestehenden Familienschutz weder anerkennen noch im Geiste der Zeit dulden konnte; es kann daher durchaus nicht befremden, wenn gerade rücksichtlich der niederen Stände der Gegensatz zwischen Vormund- und Obervormundschaft am Beginne unserer Periode noch nicht scharf ausgeprägt erscheint, wenn wir im 16. und 17. Jahrhundert einen Uebergangszustand wahrnehmen, der zwar dahin leitet, die gesammten Gerichtsbarkeiten nur mehr als Obervormundschaftsbehörden gelten zu lassen, der aber selbst noch im 18. Jahrhunderte einzelne Spuren der ursprünglichen Erscheinung wahrnehmen läßt.

Fassen wir demnach die geschichtliche Entwickelung zusammen, so werden wir sehen, daß bei den oberen Gesellschaftsclassen von den drei Schutzgewalten der Unvogtbaren die Eine, die der Familie, immer mehr verfiel und im Rechte des 18. Jahrhunderts gänzlich unterging, daß im Gegensatze hiezu die Unterthanen,

welche in ihrem Gerichtsherrn ursprünglich den Vormund der unterthänigen Waisen anerkannten, ein neues Organ, den von dem Gerichtsherrn gesetzten Vormund, erhielten, und daß durch diese doppelte entgegengesetzte Bewegung bei den verschiedenen Ständen schließlich das Recht sämmtlicher Einwohner zusammenfiel.

Zeigt aber das Verblassen des Einflusses der Familie überhaupt darauf hin, daß eben diese Zeit das Moment der Staatsgewalt im Gegensatze zu anderen organischen Gewalten besonders stark entwickelt hatte; zeigt diese Erscheinung insbesondere klar, daß die gesellschaftliche Kraft der oberen Stände in unserem Stammlande sich immer mehr und mehr verloren hatte, so darf man auch darüber nicht mehr staunen, daß das Streben der Gesetzgebung, das Vormundschaftswesen für alle Stände gleichzumachen, in Oesterreich dazu führte, jene Formen des Schutzes auf alle Gesellschaftsclassen auszudehnen, welche sich zuerst rücksichtlich der nicht vollfreien, der unterthänigen Personen, herausgebildet hatten.

In der Mitte des 18. Jahrhunderts ist diese Entwickelung schon so weit vorgeschritten, daß der bedeutendste Schriftsteller über das Vormundschaftswesen, Banniza[3]), in einem gutgeschriebenen, gelehrten Werke — das sich den Zweck setzt, das Vormundschaftsrecht auf die germanische Wurzel zurückzuführen und das fortwährend gegen die romanisirenden Juristen polemisirt —, daß Banniza geradezu den historischen Zusammenhang des Vormundschaftswesens mit der Familie leugnet, daß Banniza die Vormundschaft in Deutschland und folgerichtig auch in Oesterreich einzig und allein aus dem Königsschutze herleitet, aus dem Schutze, der sich ja in erster Linie für die Unfreien und für die Halbfreien wirksam erwiesen hatte.

Zu Kaiser Josef des Zweiten Zeiten ist der Weg vollendet; der gesetzte Vormund — die Dativ-Tutel, welche für die unterthänigen Personen das ursprünglich Natürlichste war — erstarkt bei allen Einwohnern des Reiches gegenüber der gesetzlichen und testamentarischen Vormundschaft, und die Vermögensverwaltung, welche der Familiengewalt gänzlich entwunden ist, kann auch nicht mehr dem Vormunde im eigenen Wirkungskreise anvertraut werden, sondern es erscheint der Vormund nur mehr als das Organ, durch welches die Obervormundschaft selbst die ihr obliegende Vermögensverwaltung verwirklicht[4]).

---

[3]) Josephus Leonardus Banniza. S. 7: Hanc sane supremam Principum atque Magistratuum tutelam in Germania omni aevo viguisse et hodiedum in viridi observantia superesse, luculenta comprobant testimonia.

[4]) Banniza, S. 5: In Germania enim omnes impuberes et minores in mundio seu tutela et quidem primario ipsorum principum, atque

Dieſen im Allgemeinen angedeuteten Entwickelungsgang im Einzelnen auszuführen, iſt Aufgabe der drei nächſten Abſchnitte, welche von dem Vormunde, der Familie und der Obervormundſchaft handeln.

2. Der Vormund.

Das deutſche und das römiſche Recht kennen beide beſtimmte Erforderniſſe, die zur Uebernahme einer Vormundſchaft befähigen und deren Mangel oder Abgang nicht nur zur Uebernahme einer beſtimmten, ſondern einer jeden Vormundſchaft untauglich macht.

Nur auf die allgemeinen Erforderniſſe zum vormundſchaftlichen Amte, beziehungsweiſe auf die abſoluten Ausſchließungsgründe, wollen wir hier eingehen, indem es uns des Zuſammenhanges wegen geboten erſcheint, die relativen Ausſchließungsgründe zugleich mit den Excuſationsgründen vorzutragen.

Nach römiſchem Rechte laſſen ſich die Fälle der abſoluten Unfähigkeit zum vormundſchaftlichen Amte unter drei Geſichtspunkte ſammeln[1]): 1. wegen mangelnder Rechtsfähigkeit ſind Sklaven, und nach älterer Rechtsregel ganz allgemein auch Nichtbürger; 2. wegen eigener Schutzbedürftigkeit Frauen (mit Ausnahme der Mutter und Großmutter), unmündige, und nach Juſtinianiſchem Rechte[2]) allgemein auch minder-

---

secundario Magistratuum existunt, quibus omnibus suprema tutela non eo sensu competit, ac si ad principes et Magistratus solummodo constitutio aut inspectio in tutores pertineret, sed quod ipsi principes et magistratus revera tutores sint, quorum vice et nomine tutores ab ipsis constituti administrant, atque ad reddendas rationes non solum iis, quorum interest, sed ipsis magistratibus, tamquam supremis tutoribus obligati sunt. — S. 19: Nobis itaque tutela Secundum principia Juris Germanici civilis communis considerata est potestas in illas personas, quae nec se nec sua bona defendere possunt, primario imperantibus, secundario quibusvis magistratibus competens, ut non solum tutores sua vice administraturos constituere, sed et gestorum rationes ab iis tamquam suis vicariis omni tempore exigere nec non negligentes, qualescunque sint, nulla praecendente suspectorum accusatione removere possint. — S. 73: Ac primo ex illo tutelae fundamento eruitur, omnes tutores sive pacto sive ubtima voluntate sive lege sive Magistratus arbitrio constitutos solummodo esse vicarios principis atque Magistratuum eorumque nomine potius quam proprio tutelam administrare; quippe quorum nomine et mandato eam suscipiunt, quibusque etiam illos ad reddendas annuas rationes obstrictos esse, nemo inficias ibit. — S. 70 citirt endlich Bannizа das Werk des Benedict Schmid: „Principia Juris Germanici" und deſſen Stelle „ex his vero simul patet, in stricto sensu omnes tutores dativos esse" — eine Stelle, die denn doch ſelbſt Bannizа zu weitgehend und daher unrichtig findet.

[1]) Rudorff, II. Bd., S. 17—22.

[2]) Lex 5. Cod. V. 30 de legitima tutela.

jährige Personen, erklärte Verschwender und manche Geistes- und körperlich Kranke und Gebrechliche; und 3. wegen moralischer Mängel endlich alle jene Personen von der Vormundschaft ausgeschlossen, in Rücksicht deren ein Verdacht besteht, daß sie die Vormundschaft gewissenlos führen werden.

Nach deutschem Rechte[3]) waren ebenfalls zunächst Diejenigen zur Vormundschaft unfähig, welche selbst einen Vormund haben mußten, daher ursprünglich alle Frauenzimmer, so daß selbst die Vormundschaft der Mutter und Großmutter nicht dem ältesten und ursprünglichen Systeme des deutschen Rechtes angehört haben kann[4]); aus demselben Grunde waren Unmündige (nicht aber solche Personen, die schon zu „ihren Jahren" aber noch nicht „zu ihren Tagen" gekommen waren), Geisteskranke, Preßhafte, Geistliche, Unfreie (daher auch die „als Hörige" betrachteten Juden), Recht- und Ehrlose (daher auch die unehelich Gebornen) und Verschwender von jedweder Vormundschaft ausgeschlossen; in späterer Zeit, nach der Einführung des römischen Rechtes, fanden Milderungen der ursprünglichen Strenge, namentlich rücksichtlich der Ehrlosen und der Ausländer, Eingang, und in Folge dieser Milderungen richteten sich die Lehren von der Fähigkeit immer mehr nach dem römischen Rechte, welches denn auch diesbezüglich gemeines Recht in Deutschland wurde[5]).

In die österreichischen Rechtsquellen unserer Periode haben auch in der That die römischen Lehren über die Ausschließungsgründe Eingang gefunden; doch findet sich meistens ausdrücklich nur die Unfähigkeit der Frauenspersonen besonders hervorgehoben, während im Uebrigen die gesetzlichen Bestimmungen sich mit allgemeinen Ausdrücken: „taugliche, genugsam angesessene Personen" u. dergl. begnügen.

So spricht die österr. Polizeiordnung vom Jahre 1552[6]), „daß beim Abgang von testamentlichen Gerhaben und nächsten tauglichen Pluetsfreundt, eine ander tauglich und im Landt genuegsam angesessene Person zu Gerhaben verordnet werden soll"; dasselbe Gesetz[7]) erklärt weiter, daß „die Weibspersonen zue den Gerhabschafften nit gelassen werden sollen, es sei denn ain Erbare leibliche Muetter der Pupillen".

Die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 bestimmt[8]), „daß die Tauglichkeit der Gerhaben nur darin bestehe, daß es ehrlich, verstandig, gewissenhafft, und wo es anderst füg-

---

[3]) Kraut, I. Bd., S. 55 u. ff.
[4]) Kraut, ebenda.
[5]) Kraut, I. Bd., S. 106.
[6]) Polizeiordnung vom Jahre 1552, Fol. XIXv.
[7]) Ebenda, Fol. XXIo.
[8]) Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669, IV. Titel, §. 2.

lich seyn kann, vermögliche und angesessene Männer, auch der Obrigkeit, welche sie verordnet mindestens der Gerhabschafft halber unterworffen seyn, und da sie sonsten einer andern Instantz untergeben, sich derohalben verziehen, wie dann absonderlich keiner, der sich selber einzutringen begehrt, oder dem Pupillen ein nahmhafftes schuldig, zu verordnen ist".

Von der Vorschrift, daß nur Mannspersonen taugliche Vormünder seien, wurde in diesem Gesetze wie in der Polizeiordnung vom Jahre 1552 nur zu Gunsten der leiblichen Mutter [9]), „wenn sie die Vergerhabung der Kinder begehrt und sonsten kein Bedenken wider sie vorhanden ist, dem alten Herkommen nach" [10]) — eine Ausnahme gemacht und ihr über ihr Kind „die Obergerhabschafft" eingeräumt.

Endlich erwähnte das genannte Gesetz insoferne noch ausdrücklich der Volljährigkeit des Vormundes [11]), „als dem Bruder oder den Brüdern als nechsten Befreundten, wenn sie ihre Vogtbahren Jahre erreichen", das Recht zuerkannt wurde, die Entlassung des vorigen Gerhaben und ihre Bestellung zu Gerhaben ihrer noch unmündigen Geschwister zu begehren.

Das Josefinische Gesetzbuch vom 11. November 1786 schließt „von dem wichtigen vormundschaftlichen Amte" alle Weibspersonen [12]), mit Ausnahme der Mutter, Großmutter und Urgroßmutter [13]), aus, welch' Letztere die Vormundschaft, wenn sie freiwillig wollen, ansuchen dürfen, ohne daß für sie hiezu eine Verbindlichkeit bestünde; ferner sind zu jeder Vormundschaft untüchtig [14]) alle Jene, welche wegen natürlicher Leibs- und Gemüthsgebrechen, Krankheit und unreifen Alters ihren eigenen Geschäften nicht vorstehen können, und Diejenigen [15]), bei denen die Gefahr einer üblen Erziehung oder einer üblen Verwaltung zu besorgen ist.

Zur Dativ-Tutel sollen insbesondere endlich [16]) wirkliche Kriegsleute und sämmtliche Staatsbeamte nicht herangezogen werden.

Von den Schriftstellern beziehen sich Weingärtler [17]), Beckmann [18]) und Vossius [19]) meist nur auf das römische

---

[9]) Ebenda, III. Titel, §. 2.

[10]) Dieses alte Herkommen bezeugt auch Suttinger, S. 279: „Eine Mutter ist ohne das Legitima Tutrix, auch bißhero in Land Herkommens, daß sie Obergerhabin gewesen."

[11]) XVI. Titel, §. 7.

[12]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 27.

[13]) Ebenda, §. 10.

[14]) Ebenda, §. 27.

[15]) Ebenda, §. 29.

[16]) Ebenda, §. 28.

[17]) Weingärtler, S. 19.

[18]) Beckmann, S. 176 und 517.

[19]) Vossius, S. 289.

Recht, ohne irgendwie etwas Neues hinzuzufügen; Reutter[20]) gedenkt gar nur der Ausnahme, daß der Mutter die Vormundschaft zustehe, ohne die Regel, daß Frauenspersonen von der Vormundschaft ausgeschlossen seien, zu erwähnen, und Vossius betont insbesondere noch, daß, obgleich diesfalls keine Gesetze bestehen, die Tutel mit der Deportation, Verbannung, mit der Infamie und der lebenslänglichen Einkerkerung des Vormundes sich ende, aus welcher Stelle allerdings auch zu schließen ist, daß dieselben Umstände als Ausschließungsgründe allgemein auch rücksichtlich der nächsten Verwandten angesehen wurden.

3. Die Familie.

Der Einfluß der Familie auf das Vormundschaftswesen hatte sich schon am Beginne der von uns geschilderten Zeit nicht mehr kräftig erhalten; indessen erwähnen sogar noch mehrere Gesetze des 18. Jahrhunderts der gebotenen Rücksichtnahme auf die Freundschaft des Pupillen, und zwar sind dies zwei Gesetze, welche die Obervormundschaft des landmarschallischen Gerichtes, mithin den Schutz über die Waisen der oberen politischen Stände, regeln."

Schon im Jahre 1751 verliert sich aber, wie wir weiter sehen werden, die Rücksichtnahme auf die Familie bei der Vormundschaft aus der Gesetzgebung, um nicht wieder aufzuleben; sie verliert sich auch rücksichtlich der oberen Stände, und es zeigt sich auch hier das Streben der Gesetzgebung wirksam, das Recht sämmtlicher Staatsbürger möglichst auf den Inhalt jener Rechtssätze zurückzuführen, die für den niedersten Stand, für die Unterthanen, historisch erwachsen waren.

Gehen wir zuerst auf das 16. Jahrhundert zurück, so zeigt sich deutlich der Einfluß der Familie noch im „Insprucker Libell" vom Jahre 1518[1]), in welchem ausgesprochen ist, „daß hinfüro die verwayften Kinder, wo in der Vater und Eltern Leben nicht ordentlich ein Testament fürgenommen und gesetzt, mit deren nechsten, tauglichen, gesippten, unverdächtigen Freunden nach Gewohnheit des Lands begerhabt, und durch dieselben Gerhaben deren Obrigkeiten und Freundschaften, so oft Noth ist, aufrichtige Rechnung gethan, auch die Kinder mit unordentlicher Ausgab zu beschweren nicht gestattet, sondern die Einkommen zu der Kinder Nutz gewendet werden sollen".

In gleicher Weise wurde durch die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526[2]) den Wiener Bürgern ein Einfluß der Familie

---

[20]) Reutter, S. 3.

[1]) Suttinger unter dem Schlagworte „Gerhaben" betreffend: Extraaus der Inspruckischen Libell de An. 1518, S. 273.

[2]) Eingang neuer Freiheiten der Stadt Wien vom 12. März 1526,

auf das Vormundschaftswesen insoferne gesichert, „als die nächsten Freunde bei der Verehelichung verwaister Kinder, bei der zweiten Heurath einer Wittwe, bei dem Eintritt von Waisen in ein Kloster befragt und bei den Testamenten nicht vogtbarer Personen zugezogen werden sollen"; endlich ist hervorzuheben, „daß die Rechnung der Vormünder im Beysein etlicher Freund, denen die Rechnungslegung zu verkünden ist, geprüft werden sollte".

Die Polizeiordnung für die fünf Niederösterreichischen Lande aus dem Jahre 1552 [3]) ging überhaupt von der Ansicht aus, daß ihre die Vormundschaft betreffenden Normen nicht präcipitiver, sondern dispositiver Natur seien, indem sie zum Schlusse die Verfügung traf, „daß zwar diese vorgeschriebene Ordnung stät und vestiglich gehalten und derselben nachgegangen und gelebt werden solle"; daß aber andererseits auch anerkannt werden müsse, „daß der Testirer in seinem Testamente oder letzten willen seiner Kinder und verlassenschafft halber, sondere Ordnung machen und hinter sein verlassen könne", in welchem Falle es dann auch bei dieser testamentarischen Ordnung zu bleiben hätte, es sei denn, „daß man spürliche und augenscheinliche verdächtlichkait und schaden der Kinder befinde", in welchem Falle dann die Sache „zur Erläutterung und Erkenntniß der Obrikheit oder Gerichts und der Raithandler gebracht werden soll".

Außerdem wurde in der genannten Polizeiordnung der nächsten Freund Vorwissen bei der Versendung der Pupillen außer Landes [4]) erfordert; einem oder zwei der nächsten Freunde sollte die Rechnungslegung verkündet werden [5]); den nächsten Freunden oblag die Pflicht, für unmündige und verthuenliche Personen innerhalb einer Jahresfrist Gerhaben zu begehren [6]), und sie wurden endlich auch ausdrücklich in dem Falle einvernommen [7]), wenn ein älterer vogtbarer Bruder die Güter seiner minderjährigen Geschwister in Bestand nehmen wollte.

Die ungedruckte niederösterreichische Landesordnung vom Jahre 1573 — welche, wie bereits oben hervorgehoben, die Lehre von der Vormundschaft ex professo gar nicht abhandelte, sondern sich diesfalls nur auf die vorgenannte Polizeiordnung des Jahres 1552 bezog — bestimmte [8]), daß, wenn selbst Väter, welche in

---

Cod. austr. II, S. 476 u. ff. unter den Marginalrubriken „Ehrliche Heurath", S. 487; „Wittib-Heurath", S. 487; „Clösterlicher Eingang", S. 488; „Weibsbilder Testament und Geschäfft", S. 489, und „Gerhaben", S. 490.

[3]) Polizeiordnung vom Jahre 1552, Fol. XXIIIv.

[4]) Ebenda, Fol. XX.

[5]) Ebenda, Fol. XXI.

[6]) Ebenda, Fol. XXII.

[7]) Ebenda, Fol. XXIII.

[8]) Landtsordnung vom Jahre 1573, II. Buch, 1. Titel, „Vom Kauffen und Verkauffen", Fol. 101.

Ansehung bestimmter Güter, resp. Vermögensmassen, ausdrücklich zu Gerhaben ihrer Kinder verordnet worden sind, diese Güter verkaufen wollen, ein derlei Kauf „ohne Vorwissen der nächsten Befreundten und Bewilligung des Gerichtes nicht kräftig werden soll", und das Gesetz Kaiser Rudolf II. vom 18. Juli 1589, welches das Senatus Consultum Macedonianum einschärft[9]), verbot es ausdrücklich, „einer Person, welche sich, sowie es sich gehört, unter der Macht ihrer Eltern, Gerhaben oder Befreundten befindet, außer Vorwissen der Eltern, Gerhaben oder Befreundten etwas darzuleihen, oder sonst in dergleichen Fällen mit den genannten nicht handlungsfähigen Personen Contracte einzugehen".

Die bisher angeführten Zeugnisse aus dem Beginne und dem Ende des 16. Jahrhunderts zeigen klar, daß, wenn auch der Einfluß der Familie auf die Vormundschaft nicht mehr ungeschwächt erhalten worden war, eben dieser Einfluß dem überlieferten Rechte entsprochen habe; diese Quellenzeugnisse bürgen uns dafür, daß unser Stammland den Zusammenhang der Vormundschaft mit der Familie lange Zeit bewahrt, ja daß sich der Keim zu dem Institute des Familienrathes mindestens bei den oberen Ständen erhalten hatte, und daß lediglich die starke Ausbildung der Obervormundschaft den lebensfähigen Keim zu ersticken vermocht hat.

Aus dem 17. Jahrhunderte besitzen wir, insbesondere die oberösterreichische Landtafel aus dem Jahre 1609, ein Zeugniß, daß der Einfluß der Familie auf die Vormundschaft bei den oberen Ständen Oberösterreichs ein ganz bedeutender war.

Zwar stellt die oberösterreichische Landtafel auch die testamentarische Tutel obenan; hat aber der Erblasser kein Testament gemacht oder in demselben über die Vormundschaft nichts bestimmt, so tritt dann der Einfluß der Familie hervor.

Denn „wo khein Testament vorhanden oder durch die Eltern keine solche Verordnung nit beschehen, sollen und mögen nichtsdestoweniger, (sovil Unsere Landleuth vom Grauen-Herrn- Und Ritterstand betrifft) die negsten Angebornen Blutsfreundt, wie von Alters herkhomen auch für sich selbst alsbalden nach der Eltern Todfall und Begräbniß zusammen khomen, Under Ine selbst den tauglichsten und Nächsten Blutsverwandten zu Vormündern Erwählen, Inen die Pupillen sambt Iren Erbgüttern Vermög eines Inventari oder wie solches denen Pupillen zum Besten nutz und Treulichste An sich Uberantworten, Vertrauen und bevelchen[10])".

[9]) Cod. austr. II, S. 297.

[10]) Die Oesterreichische Vormundschaft des 16. und 17. Jahrhunderts. Von Dr. Johann Schenk in Wien, 1863, S. 3.

Es kann nun wohl mit Fug und Recht angenommen werden, daß die Rechte des Adels Niederösterreichs ursprünglich ziemlich die gleichen waren wie im Nachbarlande Oberösterreich und die Spuren eben dieses Rechtes haben wir auch für Niederösterreich in den obenangeführten Rechtsbestimmungen gefunden.

Aus dem 17. Jahrhunderte besitzen wir ferner noch drei andere Gesetze, welche ebenfalls in mancher Hinsicht der Freundschaft bei der Vormundschaft gedenken; das Gesetz Kaiser Ferdinand's II. vom 2. August 1631[11]) und das Gesetz Kaiser Leopold's I. vom 28. August 1664[12]) — welche den Zweck haben, die Versendung unkatholischer Pupillen außer Landes zu verhindern — wenden sich ausdrücklich nicht blos an die Mutter und an die Gerhaben, sondern auch „an die Befreundten, die solche Pupillen in ihrer Macht haben", und die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 endlich anerkennt auch noch den gleich näher zu bezeichnenden Einfluß der Familie, namentlich auf die Inventurserrichtung und Rechnungslegung der Vormünder.

Die genannte Gerhabschaftsordnung, deren romanisirender Charakter eine Entfernung von den Grundsätzen der oberösterreichischen Landtafel offenbaren mußte, legte gleichwohl den nächsten Freunden nicht nur die Pflicht auf, Vormünder für die ihnen verwandten Pupillen zu begehren[13]), sondern sie bestimmte auch, „daß, wenn Eltern in ihrem letzten Willen die Inventur ausdrücklich verboten oder die Gerhaben davon entbunden hätten, die Inventur doch nicht unterlassen, sondern unter der Freundschaft aufgenommen werden solle[14]); daß die Gerhaben ihre Pupillen mit Rath und Willen der Befreundten ehrlich und ihrem Stande gemäß verheurathen sollen[15]); daß Waisen der Unterthanen, welche der Herrschaft die Waisendienste zu leisten schuldig sind, mit Vorwissen der Obrigkeit, der überlebenden Mutter oder Befreundten in die Städt und Märkt zu denen Schulen oder Lernung eines Handwerks geschickt werden mögen[16]); daß den Befreundten obliegt, verdächtige Vormünder anzuzeigen[17]), und daß schließlich zu den Gerhabschaftsrechnungen die nächsten Befreundten der Pupillen zugezogen werden sollen"[18]).

Von einer Intervention der Familie bei dem Ankaufe oder

---

[11]) Cod. austr. II, S. 187.
[12]) Cod. austr. II, S. 188.
[13]) Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669, 4. Titel, §. 4.
[14]) Ebenda, 8. Titel, §. 6.
[15]) Ebenda, 9. Titel, §. 5.
[16]) Ebenda, 9. Titel, §. 6.
[17]) Ebenda, 15. Titel, §. 2.
[18]) Ebenda, 17. Titel, §. 6.

Verkaufe der Güter und bei der eigentlichen Vermögensverwaltung ist aber schon in der Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 nirgends mehr die Rede.

Aus dem 18. Jahrhunderte verordnen nur noch die Gesetze über „die Landmarschallische Waisen-Rechnung" vom 24. December 1725 [19]) und „die Landmarschall'sche Gerhabschaftsordnung" vom 3. April 1727 [20]) die Verständigung, beziehungsweise Zuziehung der nächsten Befreundeten zur Prüfung der Vormundschaftsrechnung; es sind dies aber auch die letzten Gesetze, welche den Einfluß der Familie auf die Vormundschaft documentiren.

Schon die Gesetze Maria Theresia's über die „Minorennenschuldeneinschränkung" vom 26. Februar 1751 und über die „Majorennitätsjahrebestimmung" vom 12. April 1753 übergehen die Verwandtschaft gänzlich auch in jenen Beziehungen, in welchen ihr bis dahin eine Einflußnahme gesichert war; das Josefinische Gesetzbuch, welches die Vermögensverwaltung ausdrücklich an die Obervormundschaft gezogen hatte, mußte folgerichtig die Familie grundsätzlich von jeder Ingerenz in Vormundschaftssachen ausschließen.

Langsam aber entschieden war demnach der historisch begründete Familienschutz aus dem österreichischen Vormundschaftsrechte gewichen; am Ende des 18. Jahrhunderts hatten sich Vormund- und Obervormundschaft in sämmtliche noch erhaltenen Rechte der Familie getheilt, und durch die Bestimmung des Josefinischen Gesetzbuches, daß dem Vormunde die Sorge für die Personen, dem vormundschaftlichen Gerichte aber die Vermögensverwaltung zustehe, war eine abstracte Gleichheit für sämmtliche Einwohner unseres Stammlandes hergestellt worden.

Den österreichischen Schriftstellern unserer Periode ist der Einfluß der Familie auf das Vormundschaftswesen schon aus dem Gedächtnisse geschwunden; immer mehr und mehr neigt sich die Ansicht des Juristenstandes dahin, daß die Vormundschaft mehr oder minder einzig und allein in richterlicher Anordnung wurzle.

Eben dieser Umstand, der auf die weitere Entwickelung der Gesetzgebung so folgenschwer eingewirkt hat, legt uns die Verbindlichkeit auf, nunmehr mit besonderer Aufmerksamkeit der Entwickelung der Obervormundschaft selbst zu folgen.

4. Die Obervormundschaft.

Unmittelbare Quellenzeugnisse beweisen, daß am Beginne des 16. Jahrhunderts die Vorstellung noch kräftig lebte, daß der

---

[19]) Cod. austr. II. Supplementband, S. 372.
[20]) Ebenda, S. 427.

König der Vormund, der oberste Vormund aller Waisen sei; es spricht sich diese Anschauung nicht allein in dem für die Entwickelung der Obervormundschaft so wichtigen Reichstagsschlusse des Jahres 1548, sondern noch mehr in dem österreichischen Particularrechte aus, in welchem wir die sichersten Aussprüche finden, daß der Landesherr sich als den Schutzherrn, als den Vormund der Waisen, betrachtet hat.

So schreibt die „Reformgutter Policey für die fünfn. ö. Lande vom Jahre 1552“ [1]), „daß dem Christlichen Khünig und Regierendem Landtsfürsten in Crafft seines tragenden Ambts zusteen und gepürn will“, eine neue Ordnung des Vormundschaftswesens einzuführen, und Leopold I. bezeichnet sich im Eingange der Gerhabschaftsordnung als „den Obristen Gerhaben und Schutzherrn“ [2]) der von seinen Ständen und Unterthanen hinterlassenen Waisen.

Da aber der König oder Landesfürst diesen obersten Schutz in eigener Person nicht ausüben konnte, so bedurfte er der entsprechenden Organe, durch welche des Monarchen Schutz den Waisen zugewendet wurde, und diese Organe waren es, welche man später namentlich und hauptsächlich mit der Benennung „Obervormundschaft“ bezeichnete.

So kam es denn — nach Kraut's Ausführungen [3]) — dazu, daß, ebenso wie die Landesherren die Obervormundschaft in ihren Territorien als Immunitätsrecht in Anspruch nahmen, in gleicher Weise der Rath in den Städten im Laufe der Zeit die meisten Rechte an sich zu bringen wußte, welche bis dahin von kaiserlichen oder landesherrlichen Beamten in denselben ausgeübt worden waren, und daß das Gleiche rücksichtlich der Obervormundschaft geschah; ebenso wurde in der Folge die Obervormundschaft als ein Theil der Patrimonialgerichtsbarkeit betrachtet und von den späteren Reichs- und Landesgesetzen als ein jeder ordentlichen Obrigkeit zustehendes Recht angesehen.

Da aber die Obervormundschaft ihren Ursprung aus der königlichen Gewalt immer noch ableitete, so war es erklärlich, daß die Reichsstände bei der Ausübung der Obervormundschaft an die reichsgesetzlichen Bestimmungen regelmäßig gebunden waren, und daß, abgesehen von besonderen Exemtionen, die reichsgesetzlichen Bestimmungen durch nachträglich erlassene Particulargesetze nicht derogirt werden konnten.

Die Reichspolizeiordnung vom Jahre 1548 wendete sich demgemäß auch „an alle und jeden Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Graffen, Herrn von Adel und Communen“ und befahl ihnen, in

[1]) Reform guter Polizei 1552, Fol. XIX.
[2]) Gerhabschaftsordnung im Eingange.
[3]) Kraut, I. Bd., S. 84 u. ff.

ihren Fürstenthümern, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten, im Abgange von testamentarischen und gesetzlichen Vormündern, andere taugliche Personen mit der Vormundschaft zu betrauen.

Ferner scheint, nach Kraut's weiterer Bemerkung [4]), im Hofrechte über Unfreie die Vormundschaft gewöhnlich nicht als Familiensache betrachtet worden zu sein; es scheint der Herr die Stelle des Vormundes vertreten zu haben und im Hofgerichte ein Analogon der Obervormundschaft entstanden zu sein.

Wenden wir uns nach dieser Darstellung des deutschen Rechtes an die Betrachtung der österreichischen Zustände, so werden wir sehen, daß schon in der Reform guter Polizei vom Jahre 1552 [5]) die Bürgermeister, Richter und Räthe in den Städten und Märkten, die Grundobrigkeit und die Gerichtsherren auf dem Lande und der Landmarschall rücksichtlich der Landstände (Landleuthe) als die regelmäßigen Obervormundschaften bezeichnet werden; in der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 [6]) bricht schon der allgemeine Grundsatz durch, daß die Gerichtsbarkeit, welcher der Vater des Pupillen für seine Person unterworfen gewesen ist, als Obervormundschaft einzuschreiten habe, und in Folge dieses Grundsatzes ist das hofmarschallische Gericht Vormundschaftsbehörde der Pupillen der zwei oberen Stände, die Regierung rücksichtlich der Waisen der Nobilitirten und anderer eximirter Personen, das Universitätsconsistorium rücksichtlich der ihm unterworfenen Personen, der Stadtmagistrat Wien rücksichtlich der bürgerlichen Waisen geworden; in gleicher Weise waren die Städte am Lande, beziehungsweise deren Bürgermeister, Richter und Räthe Obervormünder der Pupillen der Einwohner, und die Grundherren, denen ja nach dem Tractatus de juribus incorporalibus die Unterthanen in allen Real- und Personalsprüchen unterworfen waren [7]), Obervormünder in Ansehung der verwaisten Unterthanen.

Auch das Josefinische Gesetzbuch endlich [8]) hielt an dem Grundsatze fest, daß die Bestellung und Bestätigung des Vormundes demjenigen Gerichte zustehe, welchem der Erblasser persönlich unterworfen war.

Indessen ist die Gleichheit zwischen den verschiedenen Ständen, welche sich im Josefinischen Gesetze ausgesprochen findet, erst allmälig erwachsen; am Beginne unserer Periode finden wir, ungeachtet der reichs- und landesgesetzlichen Bestimmungen, welche

---

[4]) Kraut, I, S. 104 ff.
[5]) Reform guter Polizei vom Jahre 1552, Fol. XIX.
[6]) Gerhabschaftsordnung, 4. Titel, §. 1.
[7]) Tractatus de juribus incorporalibus, 4. Titel, §. 1.
[8]) Josefinische Gesetzgebung, 5. Hauptstück, §. 22.

es den Gerichtsherren zur Pflicht machten, bei Abgang testamentarischer und gesippter Vormünder eine Dativ-Tutel anzuordnen, vielfach die Anschauung vorwaltend, daß einzelne Classen von Einwohnern, wenn ihnen kein Vormund gesetzt wird, in ihrer Obrigkeit den eigentlichen Vormund zu erblicken haben, und wenn auch der Tenor der obangeführten Gesetze im Laufe der Zeit dazu führte, daß selbst allen unterthänigen, verwaisten Personen Vormünder bestellt wurden, so schwankten dennoch die Behörden selbst in ihrer Stellung zwischen Vormundschaft und Obervormundschaft, ein Schwanken, welches schließlich dazu führte, alle jene Obliegenheiten der Obervormundschaft aufzulasten, welche mindestens bei den oberen Ständen in den Händen des Vormundes und der Familie ursprünglich gelegen waren.

Bei dem landmarschallischen Gerichte, dem ältesten österreichischen Gerichtshofe des Adels, bei der niederösterreichischen Regierung, bei dem Universitätsconsistorium war es ganz natürlich, daß die Obervormundschaft sich lange Zeit in bescheidenen Grenzen erhielt, daß insbesondere die Verwaltung der Güter dem Vormunde selbst anvertraut blieb; für die Stadt Wien war mindestens schon durch den „Eingang neuer Freiheiten vom 12. März 1526“ [9]) entschieden worden, daß der Stadtmagistrat nur Obervormundschaft sein solle, da ja besonders befohlen wurde, „daß kein Persohn in dem Stadt-Rath kein Gerhabschaft annehmen noch verwalten solle; denn sie sollen die sein, die ob den Gerhabschaften halten sollen“.

Anders stellten sich aber die Sachen rücksichtlich der übrigen Städte und Märkte im Lande und rücksichtlich der Grundobrigkeiten.

Rücksichtlich der letztgenannten Obrigkeiten bringt Suttinger [10]) eine Entscheidung vom 30. Juli 1653 des Inhaltes, „daß es wissentlich Rechtens sei, daß die Obrigkeit denenjenigen, welche unter ihrer Jurisdiction zu Waisen werden, entweder Gerhaben verordnen soll, oder daß sie im entgegengesetzten Falle selbst die Gerhaben sind und folglich die Schuld eines Gerhaben tragen müssen“.

Diese Stelle zeigt schon an und für sich klar, daß die genannten Obrigkeiten ursprünglich die Rolle des Vormundes selbst versehen haben, und daß dieses Amt ihnen auch von selbst zufiel, wenn sie den reichs- und landesgesetzlichen Vorschriften nicht entsprachen und Vormünder nicht setzten.

Aber diese Stelle erklärt auch die anderen Stellen, welche aus früheren Zeiten stammen, und in denen von einer Admini-

[9]) Eingang neuer Freiheiten der Stadt Wien vom 12. März 1526 unter der Marginalrubrik „Gerhaben“. Cod. austr. II, S. 490.

[10]) Suttinger a. a. O., S. 635.

stration der Mündelgüter durch die Obrigkeit, von der Schuldigkeit zur Rechnungslegung über die von ihr geführte Verwaltung, von ihrem Rechte, das Vermögen des Mündels bei sich zu behalten, so vielfach die Rede ist; kurz, es erklärt diese Stelle vollkommen jene zahlreichen Quellenzeugnisse, welche von altersher eine directe Vormundschaftsführung durch die Obrigkeit — ohne Setzung eines Vormundes — bezeugen.

So schreibt Suttinger über die Frage [11]), „bei welcher Obrigkeit eine heurathsmäßige Jungfrau zu werben und zu verheurathen sei, wenn dieselbe an einem Orte geboren und an einem anderen auferzogen worden sei", daß die Regierung unterm 19. Mai 1559 entschieden habe, „daß die Obrigkeit der Education die Jungfrau dem Magistrate (des Geburtsortes) stellen müsse, daß die Heurath mit Vorwissen der Befreundten dann „derer von Cremß und Stein" und „derer von Steyer" geschehen solle", und daß, wenn sich die Städte nicht vergleichen können, sie diesen Fall an die Regierung gelangen lassen sollen, und schließlich wird denen von Krems und Stein und denen von Steyer aufgetragen, „sich in der Administration vielgemeldter Pupillen zeitlicher Güter unverweißlich zu halten".

Aus dem Jahre 1565 führt Suttinger „eine wider den Bürgermeister, Richter und Rath der Stadt Cremß und Stein" erflossene Regierungsentscheidung [12]) an, laut welcher „die Städt am Land als Ober-Gerhaben schuldig sind, wegen ihrer gehabten Verwaltung Rechnung zu thun", und es darf uns das Wort „Ober-Gerhaben" diesfalls ganz und gar nicht irreführen, weil wir bereits gesehen haben, daß Suttinger, und selbst noch die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669, die Mutter, wenn sie die Vormundschaft führt, als „Ober-Gerhabin" bezeichnete.

Unter dem 8. December 1571 wurde gleichfalls, nach Suttinger's Zeugnisse [13]), entschieden, „daß es Lands-Gebrauch und auch dem Rechte gemäß sei, daß der Pupillen Gebührnuß bei Handen der Grund- und Vogt-Obrigkeit verbleibe, und das nicht allein darum, damit die Kinder ihr Gebührniß zu ihrer Vogtbarkeit mit Sicherheit erlangen, sondern auch der Vogtherr, da sich mit denen Kindern vor ihrer Vogtbarkeit ein Todesfall zutrüge, er dem Erbrecht nach bei der Verlassenschaft seine Nothdurfft ersuchen möge".

Fünf Jahre später, im Jahre 1576, wurde die gleiche Entscheidung für die Stadt Wien getroffen und ihr Recht anerkannt [14]), „dasjenige, was unter ihrer Jurisdiction auf ungevogte Kinder

[11]) Suttinger a. a. O., S. 281.
[12]) Ebenda, S. 319.
[13]) Ebenda, S. 632.
[14]) Ebenda, S. 891.

fällt, allein zu vergerhaben und inskünftiges zu verantworten"; es wurde ferner in demselben Erkenntnisse ausgesprochen, „daß der Stadt Wien um ihres subsidiarischen Heimfallsrechtes an erbloſen Gütern willen zustehe, das Hauptgut vor der Kinder Vogtbarkeit nicht aus ihrer Jurisdiction zu lassen".

Als Corollarium dieser Stellung der Obrigkeit zu den Waisen ergab sich die in der Entscheidung vom 19. August 1608 [15]) niedergelegte Rechtsnorm, „daß jede Obrigkeit, so sich der völligen Administration seiner Puppillen, außer Ersetzung einiges Gerhabens, annimmt, demselben das Seinige in Haupt-Summen, Intressen und Schaden gut zu machen schuldig ist", daß ferner [16]), „wenn eine Herrschaft ihr Obrikeitliches Amt nicht handelt, ihren Pupillen keine Gerhaben setzt, auf ihr Erbgebührniß kein Achtung gibt, dieselbe nicht bessert, sondern übel anlegt, aggravirt, schmählert und sie auch durch die Pfleger nicht genugsam versichert, die Gründ in Abödung kommen läßt und nichtsdestoweniger die Gaben einnimmt, diese Herrschaft denen Pupillen ex capite malae vel prorsus non administratae tutelae billich obligirt wird".

Diese Stellen zeigen deutlich, daß die Städte und Märkte am Lande, daß namentlich die Grundobrigkeiten sich als wahre Vormünder der unter ihrer Jurisdiction verwaisten Personen betrachteten, daß sie es vielfach unterließen, den Pupillen Vormünder zu setzen, daß sie die Güter derselben unmittelbar verwalteten, Rechnung legten, „Heurathsbriefe" machten ꝛc.

Auch nachdem die Reichspolizeiordnung vom Jahre 1548 und die Landespolizeiordnung vom Jahre 1552 den Obrigkeiten sammt und sonders aufgetragen hatten, in allen Fällen Gerhaben zu setzen, scheint dieses Gesetz nicht durchgegriffen zu haben, denn Suttinger überliefert uns zwei Entscheidungen, welche den gleichen Grundsatz neu einschärfen müssen, eine vom 16. April 1573, welche dem Grundherrn neuerlich anbefiehlt, „daß er seiner verstorbenen Unterthanen Waisen Gerhaben setzen muß" [17]), und eine zweite [18]), welche ausspricht, daß auch den armen Waisen Gerhaben ex officio gegeben werden müssen.

Es scheint, daß die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 auch insbesondere in dieser Hinsicht eine Einheit herstellen wollte, als sie wiederholt den Grundsatz aussprach, daß die Gerhaben das Vermögen treulich administriren sollen, und als sie einer selbst eigenen Verwaltung des Mündelgutes durch die von ihr in erster Linie als Obervormundschaftsbehörden betrachteten

[15]) Suttinger a. a. O., S. 632.
[16]) Ebenda, S. 283.
[17]) Ebenda, S. 319.
[18]) Ebenda, S. 868.

Obrigkeiten und städtischen Organe nicht günstig gestimmt war, was sich insbesondere darin aussprach[19]), daß die Obrigkeiten von ihren Mündeln nicht leicht Geld ausleihen sollen, daß, im Falle dies dennoch geschehe, die Obrigkeiten den Mündeln 5 Procent Interessen zu reichen schuldig, und daß ihre Güter für eben diese Schuld — satzweise — verhaftet seien, eine Verordnung, welche den Grund zu der durch das Gesetz vom 24. November 1758[20]) für Niederösterreich eingeführten Octava gelegt hat.

Wenn nun aber auch durch die genannte Gerhabschaftsordnung eine formelle Einheit hergestellt war und de jure die Obrigkeit nur mehr als Obervormundschaft angesehen werden konnte, so ergab sich de facto ein anderes Bild.

Der Einfluß der Grundobrigkeit auf die Wahl des Vormundes war naturgemäß ein viel directerer als bei den anderen Gerichtsbarkeiten; die Abhandlung der Verlassenschaften, welche sich eben in Niederösterreich bei den Nachlässen der Grundholden herausgebildet hatte und welche eine genaue obrigkeitliche Erhebung des gesammten Vermögens- und Schuldenstandes, eine Verwaltung der Nachlaßmasse und die Veräußerung der Nachlaßgüter durch die Obrigkeit mit sich brachte, mußte den Einfluß der Grundherren auf das Vormundschaftswesen erheblich steigern.

Kam noch hinzu, daß die Kinder selbst der Obrigkeit Waisendienste zu leisten schuldig waren, und daß, entgegen der Intention der Gerhabschaftsordnung, die Pupillargelder nahezu allgemein bei der Obrigkeit angelegt wurden, so war es natürlich, daß dem Grundherrn, beziehungsweise dem von ihm bestellten Richter, ein viel directerer Einfluß auf die Führung des vormundschaftlichen Amtes zustand, als dies bei den Pupillarbehörden der oberen Stände der Fall war.

Und wenn eine Gesetzgebung, welche in ein Zeitalter der Vielregiererei hineinfiel, an eine neue Codification des Vormundschafterechtes schritt, so lag es ihr sehr nahe, den thatsächlich rücksichtlich der Mehrzahl der Einwohner vorgefundenen Zustand zur allgemeinen Regel zu erheben, die Vermögensverwaltung des Vormundes im eigenen Wirkungskreise nahezu ganz zu beseitigen und die gesammte Vermögensadministration in Ansehung sämmtlicher Waisen an die Obervormundschaften zu ziehen[21]).

---

[19]) Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669, 11. Titel, §. 10.

[20]) Landtafel für das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns vom 24. November 1758, Cod. austr. III, Suppl. Bd., S. 1282.

[21]) Ueber die im Texte aufgestellte Behauptung, daß die Grundobrigkeit in früheren Zeiten mehr den Vormund als die Vormundschaftsbehörde repräsentirte, waren wir allerdings in der Lage, Quellenzeugnisse, namentlich aus Suttinger's unschätzbarem Materiale, anzuführen.

Dagegen ist die Literatur über diesen Punkt äußerst dürftig; die juristischen Werke unserer Periode fallen ja alle hinter die Reichsgesetze der Jahre

Diesen Weg vollendete die Josefinische Gesetzgebung; ihr Zweck war es, sämmtliche Obervormundschaften in die natürliche Stelle des Vormundes einrücken zu lassen und diesen eigentlich nur als Executivorgan der Behörde zu belassen.

Der Vormundschaftsbehörde allein kam nunmehr das Recht zu, das Vermögen der Waisen zu beschreiben[22]), die Gegenwart des Vormundes war hiebei nicht nothwendig und es sollte ihm nur nicht verwehrt werden, der Inventur beizuwohnen[23]); die Vormundschaftsbehörde allein bestimmte den auf die Erziehung entfallenden Aufwand[24]), und sie allein hatte das Recht, die Waisen an einen anderen Ort innerhalb der Erbländer zu senden[25]); die Verwaltung des Waisenvermögens wurde in mehreren Gesetzesstellen als Befugniß der Vormundschaftsbehörde bezeichnet[26]) und die Rechnungslegung und Prüfung wurde in dem Gesetze derart eingerichtet, daß die in der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 noch ausdrücklich aufrechterhaltene actio tutelae directa durch den administrativen Vorgang nahezu ganz aus dem Systeme des Rechtsinstitutes verdrängt wurde.

Mit dem Josefinischen Gesetzbuche angefangen konnte das Vormundschaftswesen weit mehr als ein Bestandtheil des außerstreitigen Gerichtsverfahrens denn als ein Theil des Familienrechtes betrachtet werden; es begann aber auch nahezu gleichzeitig mit dem Josefinischen Gesetzbuche der Dualismus in der Gesetzgebung, indem von da angefangen die wichtigsten materiellen Rechtssätze und die im officiösen Verfahren nothwendigen Formvorschriften promiscue in dem codificirten materiellen Rechte und in den Ordnungen über das außerstreitige Verfahren vorgetragen wurden.

1548 und 1577, und da in denselben und in der österreichischen Polizeiordnung des Jahres 1552 die Setzung eines Gerhaben den Obrigkeiten allgemein vorgeschrieben worden war, hatten die juristischen Schriftsteller nicht besonderen Anlaß, der Frage erst zu gedenken, aus welchen Anfängen sich die Obervormundschaft der Grundobrigkeiten herausgebildet hatte.

Insbesondere seit die Dativ-Tutel immer mehr um sich gegriffen hatte und jede Vormundschaft mehr oder minder aus obrigkeitlicher Bestellung sich ableitete, war kein Anlaß mehr vorhanden, auf die allein theoretisch wichtige Entstehung der Obervormundschaft der Grundobrigkeit zurückzugreifen.

Daß übrigens unter der Obrigkeit und der Vormundschaftsbehörde, rücksichtlich der Pupillen der Unterthanen nur mehr die Grundobrigkeit verstanden werden könne, ist seit dem Tractatus de juribus incorporalibus vom 13. März 1679 eine entschiedene Sache, während früher bedeutend gestritten wurde, ob die Bergerhabung der Grundgerichtsbarkeit im Gegensatze zur Grundobrigkeit oder gar der Vogtgerichtsbarkeit gebühre.

[22]) Josefinisches Gesetzbuch, 5. Hauptstück, §. 44.

[23]) Ebenda, §. 45.

[24]) Ebenda, §. 51.

[25]) Ebenda, §. 54.

[26]) Ebenda, §. 26.

Allein die Folgen des durch Kaiser Josef an die Spitze gestellten Principes beschränkten sich nicht auf das bisher Dargestellte.

Dadurch, daß den Vormundschaftsbehörden die Verbindlichkeiten des Vormundes hauptsächlich aufgelastet wurden, machte sich das Bedürfniß einer Oberaufsicht, einer weiteren Obervormundschaft, recht eigentlich geltend, und wenn dies bei den Stadt- und Landrechten und bei den organisirten Magistraten deswegen nicht so sehr der Fall war, weil thatsächlich die gänzliche Administration des Waisenvermögens denn doch nicht von den Gerichten besorgt werden konnte, so manifestirte sich das genannte Bedürfniß bei den Obrigkeiten, bei den Dominien, sehr stark, und die Gesetzgebung mußte darauf bedacht sein, für die eigentlich administrirenden Organe eine neue Obervormundschaft ausfindig zu machen.

Diese neuen Aufsichtsbehörden fanden sich nun in den Kreisämtern, somit in Verwaltungsbehörden, welche die Gesetzgebung zu wiederholtenmalen am Schlusse der von uns geschilderten Periode zu dem Zwecke heranzog, um den Mündeln einen kräftigen Schutz gegen die Obrigkeiten als Vormünder zu gewähren und zu sichern.

So befahl schon das Unterthanenpatent vom 1. September 1781, Nr. 23 J. G. S., im §. 32, „daß die Kreisämter auch in Waisen-, Curatel- und Testamentssachen Klagen und Beschwerden der Unterthanen aufzunehmen und ein gütliches Abkommen zwischen den Klagenden und den Obrigkeiten zu versuchen haben"; so wurde mit Hofdecret vom 13. Juni 1783, Nr. 443, an das inner- und oberösterreichische Appellationsgericht den Kreisämtern anbefohlen, „daß unter den Gegenständen, worüber sie bei Bereisungen ihrer Bezirke Beobachtungen zu machen haben, auch die Nachsehung gehöre, auf welche Art für das Vermögen der Minderjährigen und der Blödsinnigen gesorgt sei, und so wurde den Kreisämtern auch aufgetragen, die Legung der Waisenrechnungen zu überwachen, die Anlegung der Waisengelder, namentlich bei den Obrigkeiten, zu invigiliren", und namentlich wurde den Kreisämtern mit dem Hofdecrete vom 14. Juni 1784, 9. Juni 1785, 5. October und 27. August 1787 die Pflicht auferlegt und wiederholt eingeschärft, zur Liquidation des herrschaftlichen Waisenvermögens zu schreiten[27]) ꝛc.

So sehr das Streben der Josefinischen Gesetzgebung, den Schwerpunkt des vormundschaftlichen Schutzes in die Obervormundschaft selbst zu verlegen, in dem Geiste der damaligen Zeit gelegen war, in dem Geiste, der jeder autonomen, staatlich nicht

[27]) Siehe Franz Edler v. Hauer: Praktische Darstellung der in Oesterreich unter der Enns für die Unterthanen bestehenden Gesetze. 2. Aufl. Wien 1824. II. Bd., S. 235.

directe beeinflußten und geleiteten Organisation feindlich gesinnt war, ebensosehr muß andererseits doch anerkannt werden, daß die Vormundschaftsbehörden, welche die Josefinische Zeit vor Augen hatten und im Leben vorfanden, für den Schwerpunkt dergesammten vormundschaftlichen Gestion ungleich geeigneter waren, als es die heute organisirten Gerichte sind, an welche Rechte und Verbindlichkeiten der früheren Vormundschaftsbehörden in gleicher Weise übergegangen sind.

Die Gerichte der privilegirten Stände, welche mit einer relativ geringeren Zahl von Waisen zu thun hatten, mit Waisen, denen zumeist ein factisch starker Schutz der Familie zur Seite stand, konnten die persönlichen Verhältnisse und den Vermögensstand der Pupillen leicht übersehen; bei den Magistraten und Gemeindevorständen der Städte und Märkte ermöglichte es die Verbindung zwischen Justiz und Verwaltung, daß gerade die entscheidendsten, auf die Vormundschaftsführung einflußreichsten Momente den betreffenden Behörden auch anderweitig bekannt sein mußten, und vollends den Patrimonialgerichtsherren war die Kenntniß der persönlichen Verhältnisse und des Vermögens der Pupillen von selbst gegeben, da ja die Patrimonialgerichtsbarkeit nahezu alle wichtigen Angelegenheiten der Unterthanen in ihren Händen hatte.

Zudem brachte es die große Anzahl selbstständiger Jurisdictionen, welche die Anzahl der heute systemisirten Gerichte um das Siebenfache übertraf, mitd sich, aß der Wirkungskreis jeder einzelnen Vormundschaftsbehörde sich meist nur auf eine leicht übersehbare Anzahl von Waisen und Curanden bezog, daß die anbefohlene Führung des Waisenbuches regelmäßig eine nicht schwer zu bewältigende Aufgabe in sich schloß, und daß die Entscheidungen über wichtige Angelegenheiten der Vormundschaftsführung sich auf unmittelbare Kenntniß der wahren Sachlage stützen, und demnach des großen schriftlichen Apparates entbehren konnten, der heutzutage aufgewendet werden muß, um in vielen Fällen die Wahrheit durch Actenrichtigkeit zu verdecken.

So sehr es daher einerseits zu bedauern war, daß das Josefinische Gesetzbuch den Einfluß der Familie aus dem Vormundschaftswesen gänzlich eliminirt hatte, so konnten sich die Folgen dieser Gesetzesvorschrift noch nicht in ihren letzten Consequenzen wirksam erweisen, da eben die Vormundschaftsbehörden selbst vielfach jene persönlichen genauen Kenntnisse der concreten Verhältnisse besaßen, welche eben den Einfluß der Familie in der Vormundschaftsführung so wichtig erscheinen lassen.

Auch war dadurch, daß die Gerichte selbst damals noch nach persönlichen Verhältnissen der Staatseinwohner ihre Competenz abgegrenzt hatten, mittelbar eine zweckentsprechende Organisation

der Obervormundschaft angeordnet, beziehungsweise erhalten worden, während die Gleichstellung der Staatsbürger vor dem Gesetze bei uns rücksichtlich des Vormundschaftswesens die Consequenz mit sich gebracht hat, daß die Kenntniß der persönlichen Verhältnisse des Pupillen dem Gerichte entfallen ist, und daß fast nur noch die Vermögensverwaltung reicher Pupillen von dem Gerichte mit Erfolg geleitet und überwacht werden kann.

So weist nach einer mehrhundertjährigen Entwickelung der historisch erwachsene Rechtszustand der heutigen Zeit neuerdings kräftig auf jenes Element des vormundschaftlichen Schutzes zurück, welches im Laufe der Zeit von der Vormundschaft sowohl wie von der Obervormundschaft in den Hintergrund gedrängt, ja ganz und gar ausgeschlossen worden war — auf die Familie.

III. Capitel.

Begründung und Entstehung der Altersvormundschaft.

Nur durch einen Rechtsgrund kann eine Person zu einer bestimmten Vormundschaft berufen werden.

Die deferirte Vormundschaft ist eine regelmäßige Pflicht des Berufenen; einige an und für sich fähige Personen werden jedoch von bestimmten Vormundschaften ausgeschlossen, Andere können wider ihren Willen zur Uebernahme dieses Amtes nicht gezwungen werden und können sich excusiren.

Dadurch, daß die Vormundschaft eine Pflicht ist, hört sie nicht auf, auch ein Recht bestimmter Personen zu sein; es kann demnach ein näheres Recht auf eine bestimmte Vormundschaft, folglich auch einen Streit über dieses nähere Recht geben.

Der durch das Recht berufene Vormund bedarf seit den Reichstagsschlüssen des 16. Jahrhunderts in jedem Falle der Confirmation der Obervormundschaft; liegt dieser die Verbindlichkeit ob, für taugliche Vormünder zu sorgen, so ist es natürlich, daß bestimmten Personen die Pflicht obliegt, einen Vormund für ihnen nahestehende Mündel zu begehren.

Endlich können auch mehrere Personen zu einer Vormundschaft berufen werden, wo sodann unter diesen mehreren Vormündern verschiedene Verhältnisse obwalten können.

Nach diesen einzelnen Gesichtspunkten wollen wir die Entstehung der Vormundschaft betrachten.

1. Rechtsgrund und Delation der Altersvormundschaft.

Das ältere deutsche Recht kannte schon mehrere Delationsgründe der Vormundschaft.

Eine allgemeine Rechtsregel berief nach dem Tode des Vaters — nach einzelnen Rechten auch erst nach dem Tode oder der Wiederverehelichung der Mutter — den nächsten Schwertmagen (Agnaten) des Mündels zur Vormundschaft[1]; dieser Vormund hieß dann wohl der geborene, der rechte Vormund.

Waren Schwertmagen nicht vorhanden, so beriefen einige Rechte die Cognaten zu diesem Amte; andere ließen richterliche Bestellung eintreten[2]; Schwertmagen und Cognaten scheinen in der Reihe der Erbfolgeordnung zur Vormundschaft berufen worden zu sein[3]; unter mehreren gleich Nahen entschied das höhere Alter.

Außer den geborenen Vormündern anerkannten schon alte deutsche Statuten[4] gekorene Vormünder, welche von dem Vater — nach einigen deutschen Rechten auch von der Mutter — bestimmt werden konnten[5]; der gekorene Vormund ging dem geborenen vor[6].

Einzelne Personen — namentlich Jünglinge, welche zu ihren Jahren aber noch nicht zu ihren Tagen gekommen waren, Greise, Witwen und Jungfrauen — konnten sich Vormünder wählen[7].

Endlich gab es schon nach altem Rechte Vormünder, welche durch die Obrigkeit gesetzt waren, wenn dies auch ursprünglich vielleicht nur zur Vornahme einzelner gerichtlicher Handlungen geschah[8].

Die Delationsgründe des deutschen Rechtes stimmten in vielen Punkten mit denen des römischen Rechtes überein; dieser Umstand erklärt es, daß das römische Recht rücksichtlich der Delationsgründe gemeines Recht in Deutschland wurde[9].

Das römische Recht anerkannte als regelmäßige Delationsgründe Testament, Gesetz und obrigkeitliche Verfügung; diese Dreitheilung wurde auch in Deutschland recipirt, obwohl sich außerdem eine vertragsmäßige Vormundschaft (tutela pactitia), ferner eine von dem Mündel gewählte Vormundschaft in manchen Beziehungen herausgebildet, beziehungsweise erhalten hatte.

In Niederösterreich sprechen sämmtliche Rechtsquellen vom 16. Jahrhunderte bis zum Josefinischen Gesetzbuche nur von der römischen Dreitheilung in tutela testamentaria, legitima et da-

---

[1]) Kraut a. a. O., I. Bd., S. 167.
[2]) Ebenda, S. 168.
[3]) Ebenda, S. 190.
[4]) Ebenda, S. 202.
[5]) Ebenda, S. 208.
[6]) Ebenda, S. 203.
[7]) Ebenda, S. 218.
[8]) Ebenda, S. 221.
[9]) Ebenda, S. 234.

tiva[10]); eine tutela pactitia kommt in den Quellen nicht vor; ebenſowenig in Anſehung Altersunmündiger eine Wahl durch den Mündel[11]).

Auch alle öſterreichiſchen Schriftſteller folgen, mit einer einzigen Ausnahme, der römiſchen Dreitheilung, an welche auch wir uns halten wollen[12]).

Ebenſo unzweifelhaft iſt es nach dem öſterreichiſchen Rechte unſerer Periode, daß die letztwillige Vormundſchaft der geſetzlichen und dieſe der dativen vorgeht.

a) Teſtamentariſche Vormundſchaft.

Die älteren Rechtsquellen Niederöſterreichs aus dem 16. Jahrhunderte räumten im Allgemeinen den Eltern das Recht ein, in ihren Teſtamenten ihren Kindern Vormünder zu ernennen.

So ſchrieben die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 unter der Marginalrubrik „Gerhaben“ [1]), „daß die Gerhaben in guter Ordnung gehalten und geſetzt werden ſollen, daß nemblichen, wo ein Auffrichtig förmlich Teſtament vor Augen, die ſo Gerhaben in demſelben Teſtament den Kindern geſetzt (wo kein Mangel erſcheint) als Gerhaben bleiben ſollen“ — und in Uebereinſtimmung hiemit verordnete die öſterr. Polizeiordnung

---

[10]) Die Polizeiordnung des Jahres 1552 ſchreibt (Fol. XIX), daß Anfangs nach teſtamentariſchen Vormündern mit allem Fleiße geforſcht werden ſolle, daß, wenn keine Verordnung durch die Eltern beſcheben ſei, die nächſten angebornen Freunde (Fol. XIX), im Falle aber kein teſtamentariſcher Gerhab noch auch ein tauglicher nächſter Blutsfreund vorhanden, eine andere taugliche im Lande genugſam angeſeſſene Perſon zum Vormunde ernannt werden ſolle. Die Gerhabſchaftsordnung des Jahres 1669 ſchreibt im §. 3 des I. Titels: „Der Gerhaben oder Vormünder ſind dreierlei: 1. Diejenigen, ſo in einem Teſtament oder anderen letzten Willen verordnet, 2. der Minderjährigen nächſte Blutsverwandte, 3. die ſo von der Obrigkeit geſetzt ſeynd.“

[11]) Eine Wahl des Vormundes kennt das Joſefiniſche Geſetzbuch für manche Geiſtes- und Körperkranke.

[12]) So Boſſiue a. a. O., S. 278: „Primo defertur tutela iis qui a testatore ad tutelam vocati sunt, secundo proximis agnatis vel cognatis, tertio cuique extraneo idoneo; ebenſo Weingärtler S. 18: Triplex est autem tutela testamentaria, legitima et dativa, quod etiam obtinet de jure provinciali; endlich auch Beckman (1688) S. 518. So auch Reutter, S. 3. Anderer Meinung iſt allein Bannitza, der in ſeiner Disquisitio de Analogia juris civilis Germanici cum jure provinciali Austriaco etc. quoad tutelam (1761) ſagt, daß in Deutſchland die tutela antiquis temporibus vel pacto, vel lege collata, vel a Magistrato constituta ideo vel pactitia, vel legalis, vel dativa ſei (S. 21), und ſonach (S. 57) die teſtamentariſche Vormundſchaft des öſterreichiſchen Rechtes in keiner Beziehung nach den Beſtimmungen des römiſchen Rechtes behandelt wiſſen will. Greuel, der hauptſächlich die Rechte der Unterthanen im Auge hat, erwähnt der verſchiedenen Delegationsgründe gar nicht.

[1]) Codex austr. II, S. 490 u. ff.

des Jahres 1552 [2]), „daß anvenghlichen mit allem vleiß beſehen und erkhündigt werden ſoll, ob den Pupillen durch ihre Eltern in Teſtamenten oder letzten Willen Gerhaben benennet oder verordnet worden, daß, wo dies verordnet, es bei ſolcher der Eltern Verordnung verbleiben ſolle, daß aber, wo durch die Eltern keine Verordnung beſchehen, die nächſten Agenten zur Vormundſchaft berufen ſeien".

Man könnte — bei dem gänzlichen Stillſchweigen der niederöſterreichiſchen Rechtsquellen [3]) des 16. Jahrhunderts über dieſen Punkt — geneigt ſein, unter dem Ausdrucke Eltern den Vater und die Mutter zu verſtehen; allein es hat ſchon Kraut darauf hingewieſen [4]), daß das in den Reichspolizeiordnungen und manchen Particularrechten den Eltern im Allgemeinen eingeräumte Recht der tutoris datio ſo viel als möglich aus dem dieſen Geſetzen zu Grunde liegenden römiſchen Rechte interpretirt und mit demſelben in Einklang gebracht werden müſſe, daß in der deutſchen Sprache der Ausdruck „Eltern" nicht ſelten mit Aſcendenten gleichbedeutend gebraucht werde, daß daher unter dem Ausdrucke Eltern nur der Vater und väterliche männliche Aſcendenten zu verſtehen ſeien, und daß folgerichtig die Mutter ihren Kindern nur unter der aus dem römiſchen Rechte entnommenen Bedingung einen Vormund ſetzen könne, wenn ſie gleichzeitig denſelben im Teſtamente ein Vermögen zugewendet habe.

Die Richtigkeit der Kraut'ſchen Anſchauung für das Recht Niederöſterreichs wird erheblich durch die Gerhabſchaftsordnung vom 18. Februar 1669 unterſtützt, welche den Zweck hatte, das beſtehende Recht zu erläutern und zu präciſiren, und welche ſich auch in dieſer Beziehung der Lehre des römiſchen Rechtes vielfach zugewendet hat.

Die genannte Gerhabſchaftsordnung hat nun in ihrem zweiten Titel, welcher „von den Gerhaben, die in einem Teſtamente verordnet werden", handelt, nachſtehende Verfügungen getroffen: §. 1. „Ein jeder Vatter, Ahnherr oder Ur-Anherr kan ſeinen Unvogtbahrn, Natürlichen und Ehelichen auch angewünſchten Kindern, Enckeln oder Ur-Enckeln, deßgleichen denen Blödſinnigen, Stummen, Blinden oder anderen Gebrechhaftigen, die der Pflegſchaft vonnöthen haben, in ſeinem Teſtamente oder letzten Willen Gerhaben benennen, bei welchen es in alleweg ſein Verbleiben haben ſolle, ſie hätten denn darwider erhebliche Entſchuldigungen einzuwenden oder man befände unwiderſprech-

---

[2]) Reform guter Polizei vom Jahre 1552, Fol. XIX.

[3]) Weder Walther, noch Suttinger, noch auch endlich die n. ö. Landesordnung enthalten über dieſe Punkte Beſtimmungen.

[4]) Kraut I, S. 260.

lichen Verdacht und Gefahr der Kinder, in welchem Falle die Sachen zur Erläuterung und Erkenntnuß der Obrigkeit und des Gerichtes gestellt sein sollen. §. 2. Außer obgedachten Eltern kann niemand, auch sogar die Mutter oder Anfrau ihren Kindern in denen anerstorbenen Vätter-, An- oder Urahnerlichen oder anderwerts herrührenden Erbschafften keine Gerhaben anordnen. Jedoch ist sowohl der Mutter als Anfrau über ihre eigenen Verlassenschaften, den hinterlassenen minderjährigen Kindern oder Enckeln Gerhaben zu verordnen nicht verwehrt, welche Gerhaben aber hernach durch die Obrigkeit, auff vorhergehende Erkundigung bestättet werden sollen."

Da die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 im §. 2 unter den Eltern nur die männlichen Ascendenten versteht und sogar ausdrücklich der Mutter und Großmutter entgegensetzt, welche unter dem Worte „Eltern" nicht inbegriffen sein sollen, so gewinnt die Meinung, daß die Wiener Freiheiten des Jahres 1526 und die Polizeiordnung des Jahres 1552 unter dem Worte „Eltern" ebenfalls nur männliche Ascendenten verstanden haben, ungleich an Wahrscheinlichkeit, und zwar umsomehr, als Kraut den gleichzeitigen analogen Sprachgebrauch in Deutschland bezeugt [5]).

Der Wortlaut der Gerhabschaftsordnung ist übrigens geeignet, auch sonst zu Mißverständnissen Anlaß zu geben; vor Allem möchten wir einen starken Zweifel hegen, ob unter dem „Anherrn" oder „Uranherrn" nicht blos der väterliche Großvater und dessen Vater zu verstehen seien, da ja für ein gleiches Recht der mütterlichen Ahnen kein Grund spricht, vielmehr die Mutter ein näheres Recht als der Großvater mütterlicherseits haben müßte; sodann muß wohl angenommen werden, daß dem Großvater ein Recht zur Bestellung eines testamentarischen Vormundes nur unter der Bedingung zustehen konnte, wenn der Vater zur Zeit des Todes des Testators nicht mehr am Leben oder zur Ausübung der väterlichen Gewalt nicht tauglich war, weil es denn doch ganz unglaublich ist, daß der Großvater durch eine testamentarische Tutel dem Vater die Gewalt über seinen Sohn hätte entziehen können.

Daß übrigens diese unsere Annahme die richtige ist, bezeugt auch die damalige österreichische Doctrin, wie sie uns, wenigstens von Bossius, dargestellt wird.

Dieser immer sehr beachtenswerthe Rechtsgelehrte schreibt nämlich hierüber Folgendes [6]):

---

[5]) Kraut a. a. O. I, S. 260. Anderer Meinung ist Rudorff a. a. O., I. Bd., S. 333, welcher nach deutschem Rechte ein Recht der Mutter und Großmutter zur Vormundsbestellung behauptet.

[6]) Bossius S. 579. Hiemit stimmt auch Donner in seiner im Jahre

„Pater avus et proavus liberis naturalibus, legitimis et adoptivis, nepotibus et pronepotibus testamento tutores dare possunt, qui tutelam suscipere tenentur, nisi legitime excusentur vel periculum evidens subsit pupillorum, de quo magistratus cognoscet. Quod tamen consultis juris nostri principiis ita intelligendum est, patrem, avum et proavum in rebus a se relictis tutorem in reliquis bonis liberorum ut tutores legitimos sibi successores dare."

Es scheint demnach Vossius an der Hand des Gerichtsgebrauches auch die Bestellung des Vormundes durch den Vater nur in Ansehung der von demselben hinterlassenen Güter wirksam gehalten zu haben, welche weitgehende Interpretation jedoch entschieden dem Gesetze widerspricht, welches vielmehr im Geiste der Annäherung an die Grundsätze des Justinianischen Rechtes dahin ausgelegt werden muß, daß die Mutter, Großmutter und alle nicht rein väterlichen Ascendenten den Kindern nur unter der Voraussetzung, daß sie ihnen im Testamente etwas zugewendet haben, Vormünder zu bestellen berechtigt sind, während diese Beschränkung rücksichtlich des Vaters, väterlichen Groß- und Urgroßvaters wegfällt.

Da schon die Polizeiordnung des Jahres 1552 zwischen Tutel und Curatel keinen Unterschied macht und die Gerhabschaftsordnung ausdrücklich nur der unvogtbaren Kinder erwähnt, so ist es klar, daß Kindern bis zu dem vollendeten 20., resp. 22. Jahre, und nach dem Gesetze des Jahres 1753 bis zu ihrem 24. Lebensjahre, testamentarische Vormünder gesetzt werden konnten; daß auch dem unehelichen Vater und Großvater ein gleiches Recht zustand, ist nach dem österreichischen Rechte der damaligen Zeit eine um so größere Anomalie, als der uneheliche Vater regelmäßig seinen natürlichen Kindern nicht einmal im Testamente etwas zuwenden durfte[7]).

Was die Benennung der Tutors betrifft, so forderten die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 ausdrücklich „ein aufrich-

---

1778 geschriebenen Einleitung zur Kenntniß österreichischer Rechte, I. Theil, I. Buch, S. 13, überein, indem er sagt, daß bei Lebzeiten des Vaters in dem eigentlichen Verstande kein Gerhab, sondern nur ein Curator bestellt werden kann.

[7]) Diese Rechtsregel überlieferte die n. ö. Landtsordnung vom Jahre 1573, 16. Titel: „Erstlichen soll kein Natürlicher Vater seine verwaisten unehelichen Kinder in sein Testament weder mit einer erblichen portion noch anderem geschäfft bedenken, welches doch in etlichen Fällen zugelassen wird, nemblich wenn der Vatter solche uneheliche Kinder vor sein Todt durch Landesfürstliche Begnadigung zu dem erbrecht und Succession austrücklich ehelichen und legitimiren ließ, item, wenn er den unehelichen Kindern ein Heurathgut oder gebührliche underhaltung, welche nit übermäßig wäre, verschafft."

tig förmliches Teſtament", und zwar im offenbaren Anſchluſſe an die Lehren des römiſchen Rechtes; dagegen betont die Polizeiordnung des Jahres 1552 nur im Allgemeinen die Nothwendigkeit letztwilliger Ernennung, und die Gerhabſchaftsordnung vom Jahre 1669 ſtellt ausdrücklich auch „Teſtament oder letzten Willen" nebeneinander.

Uebrigens iſt mindeſtens der Vater in ſeinem letzten Willen rückſichtlich der Anordnung der Art, wie die Vormundſchaft zu führen ſei, urſprünglich wenig beſchränkt geweſen; die Polizeiordnung des Jahres 1552 räumt dem Teſtirer ausdrücklich das Recht ein[8]), „rückſichtlich ſeiner Khinder und der Verlaſſenſchaft ſondere Ordnung zu machen, bei welcher es dann bleiben ſolle", und ſelbſt die Gerhabſchaftsordnung vom Jahre 1669 hat noch Spuren dieſer Anſchauung bewahrt, wiewohl das Streben dieſes Geſetzes nicht zu verkennen iſt, die teſtamentariſche Gerhabſchaft in ihren Wirkungen möglichſt den anderen Gerhabſchaften gleichzuſtellen.

Daß ein teſtamentariſcher Vormund unter einer Bedingung oder Zeitbeſtimmung ernannt werden könne, hat die genannte Gerhabſchaftsordnung aus dem römiſchen Rechte ebenfalls übernommen[9]).

Die Confirmation der teſtamentariſchen Tutoren tritt in den einzelnen Geſetzen immer mehr zum Vorſcheine; die Wiener Freiheiten ſagen, „daß die ſo Gerhaben im Teſtamente der Kinder geſetzt (wo kein Mangel iſt) bleiben ſollen"; die Polizei-

---

[8]) Gerhabſchaftsordnung von 1669, 16. Titel, §. 5: „Wenn ein Gerhab mit gewiſſer Bedingung oder auch auf gewiſſe Zeit in einem letzten Willen verordnet worden, iſt nach aufgehebter Bedingung oder verloffener Zeit dieſe teſtamentariſche Gerhabſchaft erloſchen, jedoch ſoll es dem Gericht angezeigt und der Erſatz der Gerhabſchaft begehrt werden."

[9]) Der Confirmation erwähnt rückſichtlich aller Gerhabſchaften, alſo auch der teſtamentariſchen, die Polizeiordnung von 1552 mit den Worten (Fol. XXv.): „Berner ſo Ordnen und wollen wir auch, daß ſich nun hinfüro khein Gerhab, Er ſey gleich Teſtaments- oder Freundſchaft-weiß oder durch nachgeſetzte Obrikheit verordnet, der Gerhabſchaft underziehe, die verwaltung ſey Ime denn zuvor durch dieſelb Obrikheit bevohlen." Und die Gerhabſchaftsordnung des Jahres 1669 verfügt im 10. Titel, §. 1: „Es hat ſich niemand eine Gerhabſchaft anzumaſſen, ehe und zuvor ihme von der Obrikheit ein Gerhab-Brief oder andere Verordnung zukomme." Uebereinſtimmend ſprechen ſich die Schriftſteller aus: Voſſius a. a. O., S. 279, ſagt: „Confirmantur omnes tutores quin etiam ipse pater," und Banniza a. a. O. bezeichnet eben S. 57 den Unterſchied der römiſchen und öſterreichiſchen teſtamentariſchen Tutel damit, daß nach römiſchem Rechte ein ſolcher Vormund keiner Confirmation bedürfe, und daß das Gegentheil bei uns gelte. Die Giltigkeit der römiſchen Confirmation in Oeſterreich behauptet nur Weingärtler S. 20 mit den Worten: „Si autem tutor a patre filio datur in testamento imperfecto, non valet quidem talis datio de jure, tamen a judice confirmari debet".

ordnung des Jahres 1552 spricht sich in gleichem Sinne aus, und die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 unterscheidet zwischen den im §. 1 des 2. Titels bezeichneten und den anderen Ascendenten, und schreibt rücksichtlich der Letzteren allein eine vorausgehende amtliche Erhebung vor.

Uebrigens ist die Nothwendigkeit der obrigkeitlichen Confirmation auch rücksichtlich der vom Vater bestellten testamentarischen Vormünder in den beiden Gesetzen der Jahre 1552 und 1669 ausdrücklich vorgesehen und wird diese Nothwendigkeit auch von allen Schriftstellern bezeugt.

Die Confirmation des römischen Rechtes, welche die Aufrechterhaltung einer ungiltigen unförmlichen letztwilligen Vormundschaftsanordnung durch obrigkeitliche Bestellung des ernannten Vormundes zum Zwecke hatte, ist in die österreichischen Gesetze der damaligen Zeit nicht übergegangen und wird auch nahezu von keinem Schriftsteller als zu Recht bestehend bezeichnet.

Auch der testamentarisch berufene Vormund kann, mindestens nach der Gerhabschaftsordnung von 1669[10]), sich nur aus den gesetzlich gebilligten Gründen der Vormundschaft entschlagen; weigert er sich, die Vormundschaft zu übernehmen und ist ihm ausdrücklich und allein in Ansehung der ihm im Testamente zugleich aufgetragenen Vormundschaft ein Legat hinterlassen, so ist er das Legat zu begehren nicht berechtigt[11]).

Eingehende Veränderungen rücksichtlich der testementarischen Gerhabschaft hat das Josefinische Gesetzbuch vorgenommen.

Offenbar hatte die mißverstandene Deutung der Parömie „tutor personae non rei vel causae datur" zunächst das Josefinische Gesetzbuch beeinflußt, den Unterschied zwischen Vormund und Curator dem entsprechend zu bestimmen, daß der Vormund eigentlich nur für die Person, der Curator nur für das Vermögen des Mündels zu sorgen habe.

War einmal diese Unterscheidung gemacht, so lehnte sich leicht die Erwägung an, daß nur die väterliche Gewalt ermächtigen könne, einen Vormund für die Person des Mündels zu benennen, während ein Curator, der blos für die Verwaltung des Vermögens zu sorgen habe, immerhin auch von anderen Personen, welche dem Mündel ein Vermögen zugewendet haben, benannt werden könne; es war aber dann auch gar kein Grund mehr vorhanden,

---

[10]) Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669, 2. Titel, §. 1, wo es heißt, daß es bei den testamentarischen Tutoren bleiben solle, sie hätten denn erhebliche Entschuldigungen dawider einzubringen.

[11]) Ebenda, 2. Titel, §. 3. „Wenn Jemandem ein Legat ausdrücklich und allein in Ansehung der ihme im Testamente zugleich aufgetragenen Gerhabschaft vermacht wird, und er sich der Gerhabschaft verweigert, hat er solches Legat nicht zu begehren."

das Recht zur Benennung von Curatoren auf die Mutter und Großmutter und auf andere Ascendenten einzuschränken, sondern man konnte consequenterweise jedem Erblasser das Recht zur Bestellung solcher Curatoren einräumen.

Der Vater allein kann nach dem Josefinischen Gesetzbuche [12]) durch letzten Willen seinen Kindern für ihre Person einen Vormund benennen; diese Benennung muß aber in einem rechtsgiltigen letzten Willen erfolgen, wogegen es keinen Unterschied macht, ob die Kinder in diesem letzten Willen zu Erben eingesetzt oder enterbt worden sind.

Der Vater kann neben dem Vormunde den Kindern auch im Testamente einen Curator benennen, der dann für das ganze Vermögen zu sorgen hat, ohne Unterschied, woher dasselbe gekommen ist, während dem Vormunde nur die Sorge für die Person des Mündels bleibt.

Hat der Vater blos einen Vormund benannt, so soll dieser auch Curator des Vermögens, und hat derselbe blos einen Curator des Vermögens bestimmt, so soll derselbe auch Vormund sein; ebenso wenn der Vater nur einem seiner Kinder einen Vormund gegeben oder nur für einen Theil des Vermögens einen Curator benannt hat, soll derselbe auch der anderen Kinder Vormund und Curator des gesammten Vermögens sein, woferne wegen des Einen oder Anderen keine besondere Vorsehung gemacht worden ist.[13]).

Das Recht, einen Vormund oder einen Curator für das ganze Vermögen zu bestellen, ist nach dem Josefinischen Gesetzbuche auf den Vater allein eingeschränkt; nach dem Wortlaute des Gesetzes haben weder der Großvater noch die Mutter ein gleiches Recht. Dagegen wären wir wohl geneigt, dem unehelichen Vater nach dem Josefinischen Gesetzbuche das gleiche Recht wie dem ehelichen zuzusprechen, nicht aber dem Wahlvater: denn nur rücksichtlich des unehelichen Vaters hat das Josefinische Gesetzbuch es unternommen, dessen Rechte und Pflichten denen des ehelichen Vaters möglichst gleichzustellen.

Fremde Erblasser können einem Kinde für das Vermögen, das sie demselben im letzten Willen zugewendet, einen Curator benennen; doch gehört dann von dem übrigen Vermögen des Kindes nichts unter diese Curatel, wenn es gleich von eben dem Erblasser durch Schenkung dem Kinde zugekommen wäre, außer es wäre bei der Schenkung ausdrücklich bedungen worden [14]).

Der testamentarische Vormund geht auch nach dem Josefi-

---

[12]) Josefinisches Gesetzbuch, 5. Hauptstück, §. 1.
[13]) Ebenda, §. 2.
[14]) Ebenda, §. 3.

nischen Gesetzbuche dem gesetzlichen vor, da dieses Gesetz ausdrücklich vorschreibt, daß, solange eine testamentarische Vormundschaft gehofft wird, oder solange das Recht eines solchen Vormundes währt, die Anverwandten auf dieselbe keinen Anspruch machen können [15]).

Obrigkeitliche Confirmation ist auch noch vorgeschrieben und es erlangt weder ein letztwillig benannter noch wegen der Verwandtschaft berufener Vormund dadurch sogleich die wirkliche Vormundschaft, sondern es muß jeder die gerichtliche Bestätigung ansuchen [16]).

Zum Schlusse muß noch hervorgehoben werden, daß das Josefinische Gesetzbuch nur mehr mit Inconsequenz an der testamentarischen Form der Vormundschaftsbestellung festgehalten hat; denn wenn der Wille des Vaters der allein maßgebende ist und die eigenthümlichen Voraussetzungen des römischen Rechtes entfallen waren, lag gar kein Grund mehr vor, der tutela pactitia den Eingang in das österreichische Recht zu wehren, da ein Vertrag in gleicher Weise wie ein Testament den Willen des Vaters kundgeben kann.

b) Gesetzliche Vormundschaft.

Die österreichischen Schriftsteller des 16., 17. und 18. Jahrhunderts bezeichnen häufig die väterliche Gewalt selbst mit dem Namen väterliche Vormundschaft; insbesondere dann, wenn nach dem Tode der Mutter die Kinder deren Vermögen erben, ist in den Gesetzen vorgeschrieben gewesen, daß der Mann „von denen Mütterlichen Gütern seiner unvogtbaren Kinder Gerhab ist“ [1]), und es wird diese Vormundschaft als ein Fall der gesetzlichen Vormundschaft bezeichnet.

Da wir aber die väterliche Vormundschaft ob mancher Eigenthümlichkeiten abgesondert besprechen, so können wir hier nur auf jene Fälle gesetzlicher Vormundschaft zurückkommen, in denen, wegen des eingetretenen Todes oder der Unfähigkeit des Vaters, andere Personen zur gesetzlichen Vormundschaft berufen werden.

Nach dieser Bestimmung des eigentlichen Gegenstandes dieses Abschnittes schreiten wir zur Darstellung, indem wir gleich am Beginne hervorheben, daß die gesetzlichen Vormünder sich nach dem Rechte dieser Periode auf drei Hauptclassen zurückführen lassen: auf die Mutter, Großmutter und Urgroßmutter, auf die anderen

---

15) Josefinisches Gesetzbuch, 5. Hauptstück, §. 4.

16) Ebenda, §. 20.

1) So in der Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669, 3. Titel, §. 5: „Wenn hingegen ein Eheweib vor ihrem Manne ohne Testament mit Tod abginge und eheliche Kinder, die sie miteinander erzeugt hätten, verliesse, so ist der Mann in den Mütterlichen Gütern seiner unvogtbaren Kinder Gerhab und Verpfleger.“

nächsten männlichen Verwandten und auf den Ehegatten einer minderjährigen Ehefrau.

aa) Der Mutter, Großmutter und Urgroßmutter.

Die österreichischen Rechtsquellen aus dem 16. Jahrhunderte kennen allgemein eine gesetzliche Vormundschaft der Mutter über ihre Kinder nach des Vaters Tode.

Eine Vormundschaft der Großmutter und Urgroßmutter ist dem älteren österreichischen Rechte fremd und, wie wir weiter unten sehen werden, erst durch das Josefinische Gesetzbuch eingeführt worden.

So bestimmt schon die Polizeiordnung des Jahres 1552[1]), „daß die Weibspersonen zu den Vormundschaften nit gelassen werden sollen, es sey denn ain Erbare leibliche Muetter des Pupillen, doch auch nit anders, als obgeschriebenermassen nach erkhenntniß der Obrigkeit oder des Gerichts und der Raithändler und mit einem Mitgerhaben"; so sagt Suttinger weiter[2]), daß „eine Mutter auch ohne dem legitima tutrix sei, und daß es auch bisher im Lande Herkommens, daß sie Obergerhabin gewesen".

Eben auf diese hergebrachte mütterliche Gerhabschaft verweist endlich die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 mit den Worten[3]), „daß, wenn der Kinder leibliche Mutter noch am Leben ist, ihr, wenn sie die Vergerhabung der Kinder begehrt und sonsten kein Bedenken wider sie vorhanden, dem alten Herkommen nach die Obergerhabschaft gebührt, daß derselben jedoch von Gericht aus neben ihrer Bestätigung ein oder zween unverdächtige und anständige Mitgerhaben aus der Freundschaft zugegeben werden sollen, welche neben ihr sowohl die Gerhabschaft zu verwalten, als auch die Raittung zu führen haben".

Die Gerhabschaft der Mutter hat die Eigenthümlichkeiten, daß sie immer eine freiwillige ist, und daß demnach für die Mutter eine Verpflichtung zu der Uebernahme nicht besteht, dann daß sie jederzeit mit der Wiederverehelichung der Mutter endet[4]), endlich daß Stiefmütter gänzlich ausgeschlossen sind.

Es ist nicht zu zweifeln, daß die Gerhabschaftsordnung des

---

[1]) Polizeiordnung vom Jahre 1552, Fol. XXIIv.

[2]) Suttinger a. a. O., S. 279.

[3]) Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669, 3. Titel, §. 2.

[4]) Polizeiordnung vom Jahre 1552, Fol. XXIIv: „Wo sich zuetrug, daß solch Muetter zu der andern Ehe greiffen würde, soll Sy von der stund an der Gerhabschafft bemüssigt und sollen die Stiefmütter hievon ganz ausgeschlossen sein." Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669, 16. Titel, §. 6: „Sechstens endet sich einer leiblichen Mutter Gerhabschaft, wenn sie ferners zur Ehe schreitet." Eben dasselbe enthält die oberösterreichische Landtsordnung vom Jahre 1609, III. Buch, 43. Titel, S. 577, welche ausdrücklich die Beiordnung eines Mitgerhaben väterlichen Stammes verordnet.

Jahres 1669 sich vielfach rücksichtlich der mütterlichen Vormundschaft an das römische Recht, wie es Justinian schließlich durch die 118. Novelle festgesetzt, angeschlossen hat[5]); denn auch nach römischem Rechte ist diese mütterliche Vormundschaft (eine tutela extraordinaria vel irregularis) eine freiwillige; auch nach römischem Rechte geht die mütterliche Vormundschaft der sonstigen gesetzlichen und der Dativ-Vormundschaft vor; auch nach römischem Rechte endlich erlosch die Vormundschaft der Mutter durch die Wiederverehelichung; andererseits ist es doch nur durch eine Einwirkung deutschrechtlicher Grundsätze zu erklären, daß die mütterliche Vormundschaft sich nicht blos auf den Mündigkeitstermin des römischen Rechtes beschränkte, sondern daß sie die ganze Dauer der Unvogtbarkeit währte; ferner, daß die großmütterliche Vormundschaft vor dem Josefinischen Gesetzbuche wenigstens gesetzlich keine Geltung hatte, wiewohl mehrere Juristen die praktische Giltigkeit noch vor dieser Zeit verbürgen[6]).

Wenn uns nun Kraut versichert, daß schon vor der Einführung des römischen Rechtes in Deutschland in einzelnen Ländern die Mutter zur Vormundschaft über ihre Kinder nach des Vaters Tode zugelassen war, so möchten wir dieses alte deutsche Recht der Mutter für unser Stammland in Anspruch nehmen.

Denn nicht nur bezeichnen die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 und Suttinger in den obenangeführten Stellen das alte Herkommen dieser Gerhabschaft, nicht nur bestätigt Beckmann[7]), Reutter und Bossius, daß diese Gerhabschaft alten Gebrauches in Oesterreich und Steiermark sei, sondern es hat uns namentlich auch Grenek[8]) rücksichtlich der unterthänigen Waisen in Niederösterreich einen alten Gebrauch überliefert, der ziemlich deutlich zeigt, daß Vater und Mutter nach österreichischem

---

[5]) Ueber das Ganze ist zu vergleichen Rudorff a. a. O. I, S. 245—265.

[6]) So Weingärtler a. a. O., S. 18: „Mater et avia tutrix liberorum suorum esse potest." So auch Donner a. a. O., S. 10: „Außer der Mutter und Großmutter werden keine Weibspersonen dazu (zur Vormundschaft) zugelassen."

[7]) Beckmann a. a. O., S. 517: „Wann die Mutter der Pupillen will die Obergerhabschaft (nach österreichischem Rechte) oder Noth-Gerhabschafft (nach steyerischem Rechte) selber führen und kein erhebliche Bedenken wider sie seynd, so kann sie solches thun." Siehe auch Beckmann unter dem Schlagworte „vidua", S. 526; Reutter, S. 3; Bossius, S. 280.

[8]) Grenek, „Theatrum jurisdictionis austriacae", Wien 1752, schreibt auf S. 265 über den Vorgang bei Bergerhabung unterthäniger Waisen: „Daß denen minderjährigen Kindern und Erben im Falle der leibliche Vater gestorben wär, nebst ihrer Mutter ein tauglicher wohl angesessener Gerhab, wo aber beede todt, zwei Gerhaben verordnet, und im Fall die Mutter gestorben, der Vatter aber noch am Leben, bloß allein zu dessen Vertretung ein Gerhab, so gemeiniglich aus der Freundschaft zu nehmem, benannt werden soll."

Rechte rücksichtlich der Vergerhabung der Kinder praktisch ziemlich gleichgehalten wurden.

Der Einfluß der doppelten Principien des römischen und deutschen Rechtes macht es endlich auch erklärlich, daß die Schriftsteller die mütterliche Gerhabschaft bald direct aus dem römischen Rechte, bald aus dem österreichischen, rücksichtlich deutschrechtlichen Herkommen, ableiten [9]).

Die Vormundschaft der Mutter über ihre liberi naturales, welche Justinian durch die Constitution de dato 18. Cal. Apr. 530 eingeführt hatte [10]), ist wenigstens ausdrücklich nach Oesterreich nicht übernommen worden; ebenso kam es bei uns nicht vor, daß die Mutter ausdrücklich auf die Eingehung einer zweiten Ehe und auf die Vellejanischen Rechtswohlthaten verzichten mußte [11]).

Daß die Mutter durch die Weigerung, die Tutel zu übernehmen, ihr gesetzliches Erbrecht nicht gleich den anderen gesetzlichen Vormündern verlor, ist klar, weil sie eben nur berechtigt, aber nicht verpflichtet war, die Vormundschaft zu übernehmen; übrigens ist das gesetzliche Erbrecht der Ascendenten erst durch das Gesetz über das Intestaterbrecht vom 28. Mai 1720 für Niederösterreich eingeführt worden [12]), während früher gewohnheitsrechtlich der Grundsatz bestand, daß Erbschaften der Kinder auf ihre Eltern nicht zurückfallen [13]).

---

[9]) Aus dem römischen Rechte leiten die mütterliche Vormundschaft ab: Weingärtler a. a. O., S. 18, dann Bossius, der S. 280 die mütterliche Vormundschaft ausdrücklich eine legitima extraordinaria tutela nennt, quae prae omnibus defertur matri, und endlich Donner a. a. O., S. 10, der besonders hervorhebt, daß man die Vormundschaft der Mutter und Großmutter aus dem römischen Rechte beibehalten habe. Anderer Meinung ist dagegen Banniza, der auf S. 28 schreibt: „Deficiente tutela pactitia locum obtinet legitima, quae subdividitur in tutelam maternam et agnatorum. Tutela materna potior est tutelae legitimae agnatorum, eique secundum principia Juris Germanici Civilis Communis praefertur, quoniam matri non minor competit in liberos potestas, quam patri, adeoque in sensu Juris Germanici stricto non patria sed parentum potestas dicitur. Haec vero potestas, cum etiam in mundio seu tutela consistat, viventibus parentibus, communis est, uno vero conjuge mortuo superstiti sola remanet".

[10]) Lex 3 Cod. Quando mulier tutelae officio fungi potest V, 35.

[11]) Vergleiche insbesondere Banniza, S. 86. Das Gegentheil bemerkt Beckmann, S. 536: „Wer einen Stiefvater bekommt, der bekommt auch leicht eine Stiefmutter."

[12]) Satz und Ordnung des Erbrechtes außer Testament vom 28. Mai 1720. Cod. austr. Supp. I, S. 952.

[13]) Suttinger unter dem Schlagworte „Erbrecht" an sehr vielen Stellen. — Walther, Tractatus aureus I, Cap. VII. N. ö. Landtsordnung vom Jahre 1573, III. Buch, 80. Titel. Uebereinstimmend wird von Suttinger, Walther und der Landtsordnung bezeugt, daß, dem alten, dem überalt hergebrachten Landtsbrauche nach, die Erbschaft der Kinder nicht hinter sich noch zurückfalle; der Satz und Ordnung des Erbrechtes außer Testament

Einschneidende Aenderungen hat auch rücksichtlich der mütterlichen Vormundschaft erst das Josefinische Gesetzbuch eingeführt.

Vor Allem wurde durch dieses Gesetz [14]) nicht blos der Mutter, sondern auch der Großmutter und Urgroßmutter erlaubt, die Vormundschaft, wenn sie freiwillig wollen, anzusuchen, und es galt diese Vormundschaft sogar rücksichtlich solcher Waisengüter, zu denen der Mannesstamm allein berufen war und bezüglich welcher die vom Mannesstamme Verwandten ein näheres Recht zur Vormundschaft hatten [15]); doch bestand nirgends eine Pflicht zur Uebernahme der mütterlichen Vormundschaft [16]).

Weiters ordnete Kaiser Josef an, daß dem väterlichen Großvater zuerst die Vormundschaft gebühre, und daß erst nach ihm die Mutter, wenn sie noch im Wittibstande sei, den Vorzug vor allen Verwandten habe [17]); falls sie minderjährig sei, müsse indessen ein anderer Vormund benannt werden, der jedoch der Mutter nach deren Großjährigkeit die Vormundschaft abzutreten habe [18]).

Sowie die Mutter sich wieder verehelicht, so seien auch ihre Rechte erloschen, und wenn sie nach übernommener Vormundschaft zur neuen Ehe schreitet, habe sie die Vormundschaft sogleich abzutreten; nur könne sie vor oder nach der Verehelichung eine besondere Bewilligung, die Vormundschaft beizubehalten, durch die Behörde erlangen [19]).

Jeder Mutter, welche zur Vormundschaft gelangt, soll ein Mitvormund gesetzt werden; will die Mutter oder erachtet das Gericht, ihm die Verwaltung des Waisengutes ganz oder zum Theile aufzutragen, so sei er als ein wahrer Curator zu betrachten; außerdem aber sei die Mutter die wahre Vormünderin, welche die Verwaltung allein zu besorgen habe [20]).

---

hatte eben den Zweck, dieses alte Herkommen, sowie den Grundsatz paterna paternis zu beseitigen. Vergleiche übrigens auch mein Werk: „Notariat und Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich. Wien 1877", S. 50 und S. 65. Vergleiche hierüber zu den von mir angeführten Zeugnissen insbesondere noch Reutter, S. 12, der eine gesetzliche Aenderung von der Landesordnung erwartet, auf welche er besonders verweist, und die er offenbar an dieser Stelle als sehr nahe bevorstehend bezeichnet: „In Oesterreich erben noch der Zeit, wo die neue Landtsordnung (durch welche vielleicht ein anderes statuirt werden möchte) noch nicht publicirt, die Eltern ihre Kinder nicht, es verlasse auch das verstorbene Kind zweibändige Brüder oder nicht. Finsterwalder, II. Buch, S. 607, der der Frage eine eigene lange Observatio zuwendet, und Weingärtler, S. 154.

[14]) Josefinisches Gesetzbuch, 5. Hauptstück, §. 10.
[15]) Ebenda, §. 18.
[16]) Ebenda, §. 10.
[17]) Ebenda, §. 11.
[18]) Ebenda, §. 11.
[19]) Ebenda, §. 12.
[20]) Ebenda, §§. 13 und 14.

Ob das Josefinische Gesetzbuch auch der unehelichen Mutter die Vormundschaft überlassen wollte, ist insbesondere nicht entschieden; doch scheinen triftige Gründe dagegen zu sprechen, da immer von der Witwe die Rede ist, welche die mütterliche Vormundschaft zu führen hat.

bb) Gesetzliche Vormundschaft der nächsten Verwandten.

Schon oben haben wir hervorgehoben, daß, nach älterem deutschen Rechte, nach dem Tode des Vaters — rücksichtlich auch der Mutter — des Kindes nächster Schwertmage zur Vormundschaft berufen war, und daß unter mehreren gleich Nahen das höhere Alter entschied.

Ebenfalls haben wir schon oben hervorgehoben, daß bei dem Abgange von Schwertmagen oder Agnaten einzelne Rechte die Cognaten zur Vormundschaft beriefen, andere dagegen richterliche Vormundschaftsbestellung eintreten ließen; daß sich ferner die Reihenfolge der Berufung der Agnaten und Cognaten im Ganzen nach der Ordnung des Erbrechtes gerichtet zu haben scheint.

Hervorzuheben ist noch, daß die Vormundschaft dem Berufenen, ebenso wie das Erbrecht, ipso jure nach Rechtsvorschrift anfiel, daß es daher einer besonderen Antretung dieses Amtes nicht bedurfte.

Nach dem Eindringen des römischen Rechtes, welches zuletzt die Agnaten gar nicht mehr, sondern blos die Cognaten, und zwar nach der Ordnung des Erbrechtes, zur Vormundschaft berufen hatte [1]), und nachdem das Heergewäte, welches nach altem deutschem Rechte in genauem Zusammenhange mit der Vormundschaft gestanden, sich verloren hatte, war es natürlich, daß die nächsten fähigen Intestaterben, einerlei ob sie Agnaten oder Cognaten waren, zur Vormundschaft berufen wurden [2]); nur dann wurde eine Ausnahme gemacht, wenn einzelne Vermögensmassen, wie Lehen- und Stammgut, einer besonderen Erbrechtsordnung unterlagen; indessen wurde die sich hieraus ergebende Schwierigkeit dadurch gehoben, daß, nach dem Vorbilde des römischen Rechtes, welches für einzelne Vermögenstheile einen Curator zu ernennen gestattet hatte, neben dem gewöhnlichen noch ein anderer Vormund zugelassen wurde [3]).

Ziemlich analoge Vorschriften finden wir im österreichischen Rechte unserer Periode wieder, obwohl namentlich das Gesetz des Jahres 1552 einige Schwierigkeiten der Erklärung bietet.

Das oftbezogene „Inspruker Libell" vom Jahre 1518, ebenso

---

[1]) Rudorff a. a. O. I, S. 215; Kraut a. a. O. I, S. 251.
[2]) Kraut, S. 251.
[3]) Ebenda, S. 252 und 253.

wie die Freiheiten der Stadt Wien vom 12. März 1526 hatten es nicht besonders ausgedrückt, ob die Vormundschaft auf die Agnaten oder Cognaten übergehe; denn ersteres Gesetz sagte nur, „daß hinfüro die verwayſten Kinder, wo in des Vatter und Eltern Leben nicht ordentlich ein Testament fürgenommen und gesetzt, mit dem nechſten tauglichen, gesippten unverdächtigen Freunden, nach Gewohnheit des Lands begerhabt werden ſollen“ [4]), und das zweite Gesetz benannte beim Abgange eines testamentarischen Vormundes Diejenigen, „ſo nach Ordnung des Rechts, soferne ſie dazu tauglich und geſchickt, zu ſolcher Gerhabſchaft [5]) berufen erſcheinen“.

Anders sprach sich die Reform guter Polizei für die fünf niederösterreichischen Länder vom Jahre 1552 aus, indem sie verfügte, „daß, wo durch die Eltern khein verordnung beſchehen, die negſten angebornen Freundt, Welche ſonſt, wo es zu fallen khommen ſolt, in die Erbſchaft ſteen würden, als Agnaten ..... zu der Gerhabſchafft verſchafft und verordnet werden ſollen“ [6]).

Es könnte nun faſt ſcheinen, als habe das Geſetz des Jahres 1552 in der That die Agnaten allein, oder doch mit dem Vorzuge vor den Cognaten, berufen wollen, und zwar mit um ſo größerem Rechte, als die Bezeichnung der geſetzlichen Vormünder als Agnaten noch in demſelben Geſetze an zwei Stellen vorkömmt.

Doch ſind wir überzeugt, daß die genannte Polizeiordnung das Wort „Agnaten“ gleichbedeutend mit Verwandten überhaupt gebraucht habe, und daß die zur Inteſtaterbfolge berechtigten nächſten Verwandten überhaupt, und ohne Unterſchied zwiſchen Agnaten und Cognaten, zur Vormundſchaft berufen werden wollten.

Vor Allem ward nämlich in dem genannten Geſetze ſelbſt an mehreren anderen Stellen das Wort „Agnat“ ausdrücklich den Worten „negſter Freundt, negſter Pluettfreundt“ gleichgeſtellt [7]); ferner wurden in der obangeführten Stelle auch die „negſten angebornen Freundt, welche, wo es zu fallen khommen ſolt, in die Erbſchafft ſteen würden“, zur Vormundſchaft berufen, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die gleichzeitige Inteſtaterbfolge-

---

[4]) Suttinger, S. 273.

[5]) Codex austr. II, S. 490.

[6]) Polizeiordnung des Jahres 1552, Fol. XIX und XIXv.

[7]) Polizeiordnung des Jahres 1552, Fol. XIXv: „Wo auch ainem Agnaten oder negſtem Freundt mehr als eines ſeines abgeſtorbenen Freundts Gerhabſchafften auferlegt worden, alſo daß er zwo, drei oder mehr Gerhabſchafften der Sippſchaft halber verſehen mueſſte . . .“, dann: „Im Falle, daß khein teſtamentlicher Gerhab, noch auch khein tauglicher negſter Pluetsfreundt, ſo den Pupillen zu Gerhaben verordnet werden möchte, vorhanden . . . .“

ordnung Niederösterreichs — so weit nicht Stammgüter in Frage kamen — durchaus schon zwischen Agnaten und Cognaten keinen Unterschied machte[8]).

Endlich ist auch nicht zu übersehen, daß weder das „Inspruker Libell" aus dem Jahre 1518, noch die Wiener Freiheiten aus dem Jahre 1526 eines ausschließenden Rechtes oder eines Vorzuges der Agnaten vor den Cognaten Erwähnung machen, daß die Landtsordnung für Oesterreich von 1609 die Agnaten und Cognaten ausdrücklich gleichstellte[9]), und daß vollends die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 für die unmittelbar nachfolgende Zeit an der Richtigkeit unserer Anschauung keinen Zweifel mehr aufkommen läßt, obwohl eine Aenderung des Intestaterbrechtes zwischen den Jahren 1552 und 1669 nicht stattgefunden hat.

Das letztgenannte Gesetz bestimmte nämlich, daß, wenn die testamentarische Vormundschaft nicht platzgreift, „der Minderjährigen nechste Befreundte im Geblüt, wann sie anderst von der Obrigkeit tauglich erfunden werden, in der Ordnung des Erb-Rechtes die Gerhabschafft über sich zu nehmen schuldig seynd"[10]), und alle Schriftsteller dieser Periode stimmen darin überein, daß, den Grundsätzen des damals gewohnheitsrechtlichen, beziehungsweise den Grundsätzen

[8]) Das Intestaterbrecht Niederösterreichs finden wir im 16. Jahrhundert zweimal genau aufgezeichnet; zuerst in der n. ö. Landtsordnung des Jahres 1573, wo es die Titel 55 bis inclusive 80 des dritten Buches einnimmt, und dann in Walther's Tractatus auraeus, welcher den ersten Tractat diesem Gegenstande gewidmet hat; in beiden Darstellungen ist im Wesentlichen ein Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten nicht mehr gemacht, mit Ausnahme der Stamm- und Erbgüter, welche auf den Stamm fallen sollen, von dem sie herkommen, dann auch noch rücksichtlich der sogenannten „verziehenen Töchter des Herrn- und Ritterstandes", welche regelmäßig zur Intestaterbfolge nicht berufen wurden. Das Gesetz über das Intestaterbrecht aus dem Jahre 1720 hat augenscheinlich den Zweck verfolgt, die Eigenthümlichkeiten des österreichischen Landtsbrauches abzuschwächen.

[9]) Vergleiche die Landtsordnung für Oesterreich ob der Enns, III. Buch, 43. Titel, S. 561—564. Dieses Rechtsbuch hatte augenscheinlich die Polizeiordnung von 1552 vor Augen; nichtsdestoweniger unterschied dasselbe gerade bezüglich der Bevormundung die Pupillen der oberen Stände von anderen Pupillen. In Ansehung der Pupillen der Landleuth sollten die ersten Blutsfreunde das Recht haben, einen Vormund des Waisen zu erwählen.

Nur dann, wenn weder im Testamente ein Gerhab gesetzt noch eine solche Wahl unter den nächsten Verwandten getroffen worden war, sollte das Gericht die nächsten angesessenen Blutsfreund, die sonsten, wo es zu fallen kommt, den nächsten Zutritt zu der Erbschaft haben, als Agnaten und Cognaten zu der Gerhabschaft verschaffen und verordnen.

In Ansehung der Pupillen der Städte, Märkte und der Grundobrigkeiten sollte dagegen die Vormundschaft tauglichen Gerhaben, ob sie verwandt seien oder nicht aufgetragen werden, und nur als Fingerzeig für die Obrigkeit galt die weitere Bemerkung, daß sie solche Bürde denn doch früher den Befreundten als fremden Personen auferlegen sollte.

[10]) Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669, III. Titel, §. 1.

des im Jahre 1720 gesetzlich bestimmten Intestaterbrechtes entsprechend, Agnaten und Cognaten, je nach der Nähe des Grades, zur Erbschaft berufen wurden [11]).

Unter der gesetzlichen Tutel der nächsten Verwandten nahm die Tutel des Bruders eine ganz besondere Stelle dadurch ein, daß diesem das Recht eingeräumt ward, sobald er großjährig wurde, die Abtretung der Tutel von dem mittlerweile bestellten Vormunde zu verlangen, ein Recht, welches man den anderen Verwandten nicht zugestanden zu haben scheint [12]).

Daß die verwandtschaftliche Vormundschaft confirmirt werden mußte, haben wir theils schon gesehen, theils werden wir darauf zurückkommen, wenn von der Confirmation insbesondere gehandelt werden wird.

Wenn ein Verwandter sich ohne gehörige Gründe weigerte, die Vormundschaft zu übernehmen, gingen sowohl nach der Polizeiordnung des Jahres 1552, wie auch nach der Gerhabschaftsordnung des Jahre 1669, alle seine Ansprüche auf das Vermögen des Mündels verloren [13]).

Kraut hat diese Bestimmung auch in mehreren anderen Particularrechten Deutschlands vorgefunden; ihr Ursprung ist ihm nicht bekannt und er glaubt denselben auf ein Mißverständniß

---

[11]) So schreibt Weingärtler auf S. 21: Hodie sublata, agnatorum et cognatorum differentia, quoad successiones et tutelas, promiscue vocantur ad tutelam agnati et cognati, ita quo ordine veniunt ad successionem, eo ordine ad tutelam deveniunt. — Bossius, S. 280: Legitima tutela est, cum deficiente testamentaria, proximis successoribus ab intestato, secundum ordinem successionis ab intestato de anno 1720 tutela defertur. — v. Banniza auf S. 42: In Austria, nec non in reliquis terris hereditariis, post matrem tutela caedit fratri, caeterisque agnatis cognatisque semper tamen proximioribus. Reutter ad Tab. VII, 5, S. 12. Donner, S. 10, der indeß ein eigentliches Recht der Blutsfreunde nicht anerkennt.

[12]) Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669, 16. Titel, §. 7: „Wann einer oder mehr Pupillen ihre Vogtbahren Jahre erreichen, also daß sie ihnen und ihren übrigen noch unvotgbaren Geschwistigten wohl und nützlich vorstehen können, so mögen die vorigen Gerhaben entlassen und der oder die Brüder als nächste Befreundete, zu Gerhaben ihrer noch unmündigen Geschwistigten verordnet werden." — Bossius, S. 280, spricht in diesem Falle von einer „legitima fiduciaria tutela, quae mortuo patre vel avo, vel alio tutore existente, defertur fratri perfectae aetatis facto in fratres sororesve minorennes".

[13]) Polizeiordnung des Jahres 1552, Fol. XIXv.: „Wo die Agnaten solch Gerhabschaft nicht annemen, sondern sich derselben verwidern würden, sollen Sy khünfftiger Erbschaft beraubt, und entsetzt sein." — Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669, 3. Titel, §. 1: „Wo (solche Gerhaben) sich ohne erhebliche Ursache dessen weigerten, so sollen sie für ihre Personen der Anwartung zu deß Pupillen Erbschaft verfallen, doch deren Erbe dessen nicht zu entgelten haben."

des römischen Rechtes zurückführen zu sollen [14]); deutlich geht indessen aus diesem Rechtssatze hervor, daß nach dem österreichischen Rechte des 16. und 17. Jahrhundertes schon die gesetzliche Vormundschaft der Verwandten mehr als eine Pflicht, denn als ein Recht betrachtet wurde.

Auch in dieser Materie war es wieder das Josefinische Gesetzbuch, welches zuerst einschneidende Aenderungen durchgeführt hat.

Vor Allem ist der Grundsatz dieses Gesetzbuches hervorzuheben, daß die Dativ-Tutel möglichst die gesetzliche Tutel durchbrechen solle, so daß das Recht bestimmter Personen auf eine bestimmte Vormundschaft scharf getrennt wurde von der Verpflichtung der Obervormundschaft, sich an die ex lege berechtigten Personen in Wirklichkeit auch zu halten.

Für das Vormundschaftsgericht galt zunächst Derjenige als der nächste zur Vormundschaft berufene Verwandte, welcher unter denen, die sich gemeldet, oder wenn sich keine gemeldet, unter denen, die dem Gerichte bekannt sind, der nächste war. Das Gericht hatte diese Anmeldung nicht länger als durch vierzehn Tage abzuwarten.

Hatte binnen derselben sich ein tauglicher Verwandter nicht gemeldet oder die Verwandtschaft nicht erwiesen, so war dem bekannten nächsten Verwandten oder in dessen Ermanglung auch einem Fremden die Vormundschaft aufzutragen [15]); ein Verwandter aber, dem die Vormundschaft vom Gerichte aufgetragen worden war, konnte sich derselben aus dem Grunde, daß er nicht der nächste sei, nicht entziehen, er wäre denn in der Lage, auf der Stelle einen tauglichen näheren Verwandten anzuzeigen [16]).

So sehr durch diese Bestimmungen des Josefinischen Gesetzbuches einerseits das freie Schalten der Vormundschaftsbehörde erweitert werden wollte, welche von nun an nicht mehr bemüssigt war, genaue Nachforschungen nach der Gradesnähe der

---

[14]) Kraut I, S. 255, meint, daß die Stelle l. 32 Dig. de excusationibus XXVII, 1, und die der lex 10 Dig. de regulis juris, in welcher der Satz ausgesprochen ist: „Secundum naturam est, comoda cujuscunque rei eum sequi, quem sequunter incommoda", den Rechtsgrund dieser Regel bildet; hiemit stimmt auch Banniza überein (S. 43) und Weingärtler (S. 21), der sagt: Idque summae aequitatis, qui enim sentiunt commodum in successionibus, sentiant et onus tutelae, ne bona pupilli dilapidentur. Vergl. auch Reutter ad Tab. II, 17, S. 3: „Wenn die nechsten Befreundten in Geblüth, ohne erhebliche Ursache sich in Oesterreich der Gerhabschaft weigern, so haben sie für ihre Personen, die Anwartung zu deß Pupillen Erbschafft verfallen, doch ihre Erben dessen nicht zu entgelten

[15]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 5.

[16]) Ebenda, §. 9.

Verwandtschaft zu halten, so sehr anerkannte denn doch das Josefinische Gesetz andererseits eine Rangordnung der Berufung der verschiedenen Verwandten, und daher auch ein näheres Recht gewisser Personen zu einer bestimmten Vormundschaft[17]).

Nach der Mutter — welche, wie bereits erwähnt, dem väterlichen Großvater nachstand — gebührte die gesetzliche Vormundschaft jedem (männlichen)[18]) Verwandten, welcher zur Erbfolge des Waisen der nächste war, ohne Rücksicht, ob die Verwandtschaft von väterlicher oder mütterlicher Seite entspringe; wenn mehrere gleich nahe Verwandte vorhanden waren, so sollte das Gericht unter ihnen wählen, allzeit aber die Vormundschaft und Verwaltung nur Einem auftragen[19]).

Wenn nun die Vormundschaft vom Gerichte einem Fremden aufgetragen worden war, so wurde jedem Anverwandten, und wenn der Auftrag einem entfernteren Anverwandten geschehen, jedem näheren Verwandten, sich binnen einem Jahre zu melden gestattet; nach Ablauf dieses Jahres konnte der bestellte Vormund nicht verdrungen werden, als wenn Derjenige, so sich so spät meldete, ein rechtmäßiges Hinderniß, wegen dessen er sich nicht früher melden konnte, erwies[20]).

Dem Gerichte war es dagegen allerdings gestattet, wenn es das Wohl des Waisen erforderte, einen binnen diesem Jahre oder auch nachher ihm bekannt gewordenen Verwandten die Vormundschaft aufzutragen und den bisherigen Vormund zu entlassen; auch der Vormund selbst konnte, wenn immer ein näherer Anverwandter gefunden wurde, seine Entlassung begehren[21]); nur konnte er hiezu vor Ablauf des Jahres zu dieser Abtretung gegen seinen Willen nicht verhalten werden[22]).

Das Josefinische Gesetzbuch hat ebenso wie die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 den Bruder der Waisen in der Art begünstigt, daß er, wenn er zur Zeit der anfangenden Vormundschaft noch minderjährig war, nach erreichter Großjährigkeit jederzeit die Vormundschaft über die noch minderjährigen Geschwister ansuchen konnte, welche ihm dann auch wirklich übertragen werden mußte[23]).

Besondere Bestimmungen hat endlich das Josefinische Gesetzbuch in Uebereinstimmung mit manchen anderen deutschen Parti-

---

[17]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §§. 16 und 17.
[18]) Ebenda, §. 16.
[19]) Ebenda, §. 10.
[20]) Ebenda, §. 6.
[21]) Ebenda, §. 7.
[22]) Ebenda, §. 8.
[23]) Ebenda, §. 17.

cularrechten[24]) rücksichtlich der Waisen, welche „Geschlechtsgüter" besitzen, getroffen.

Bestand nämlich das (ganze) Vermögen der Waisen in solchen Gütern, wozu der alleinige Mannesstamm berufen war, so sollten Jene, die von dem Mannesstamme sind, vor den anderen, obgleich näheren Verwandten bei der Vormundschaft den Vorzug haben; nur die Mutter, die väterliche Großmutter und die Mutter des väterlichen Großvaters sollte alsdann zugelassen werden, wenn sie nicht durch die vom Landesfürsten genehmigten Familienordnungen ausgeschlossen waren[25]).

Wenn jedoch die Waisen nebst den Geschlechtsgütern noch andere freie Güter hatten, zu denen einer von der weiblichen Seite der nächste war, so sollte diesem nicht nur die Vormundschaft und die Verwaltung der freien Güter, sondern auch der Geschlechtsgüter aufgetragen werden; dieser Vormund war aber dann verbunden, jedes Vermögen unvermengt zu erhalten, auch über jede Verwaltung besondere Rechnung zu führen; und nur dann sollte die Verwaltung der Geschlechtsgüter einem Anderen besonders anvertraut werden, wenn die gemeinschaftliche Verwaltung den Waisen nachtheilig, oder sonst eine offenbare Nothwendigkeit zu einer gesonderten Verwaltung vorhanden war[26]).

Fassen wir das Urtheil über das Josefinische Gesetzbuch zusammen, so werden wir sehen, daß die Dativ-Vormundschaft die gesetzliche immer mehr und mehr durchbrochen hat; das Recht, die Uebertragung der Vormundschaft zu verlangen, erlosch für alle Verwandten, mit Ausnahme des Bruders (und der Mutter), nach einem Jahre; das Recht der Obervormundschaft, einen Vormund unter den entfernten Verwandten oder selbst unter Fremden zu wählen, trat besonders stark in den Vordergrund, und selbst der Streit um das nähere Recht zur Vormundschaft wurde in enge Grenzen eingeschlossen.

Kurz, die Anschauung, daß die Vormundschaft nicht eigentlich Familiensache, sondern in erster Linie obrigkeitliches Amt sei, ist im Josefinischen Gesetzbuche schon zur vollkommenen Reife gediehen; und es kann uns nicht wundern, mehrere Schriftsteller zu finden, welche die sämmtlichen Delationsgründe auf den einen der richterlichen Bestellung zurückführen und Testament und Verwandtschaft nur mehr als mehr oder minder freie Bestimmungsgründe der richterlichen Wahl gelten lassen wollen.

---

[24]) Kraut a. a. O. I, S. 252 und 253.
[25]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 18.
[26]) Ebenda, §. 19.

cc) Gesetzliche Vormundschaft des Ehemannes über seine minderjährige Frau.

Eine gesetzliche Vormundschaft des Ehegatten über seine minderjährige Frau hat das österreichische Recht seit dem 16. Jahrhunderte mindestens nur durch die ganz kurze Zeit von 33 Jahren, vom Jahre 1753 bis zum Jahre 1786, gekannt.

Vor dem Gesetze Maria Thereſiens über die Majorennitätsjahrebestimmung vom 12. April 1753 konnte es wohl nicht leicht eine Vormundschaft über eine Ehefrau geben; denn das österreichische Recht hatte bis dahin treu an dem Grundsatze festgehalten, daß Männer und Frauen durch ihre Verehelichung sogleich vogtbar werden [1]).

Maria Thereſiens genanntes Gesetz hat zuerst die entgegengesetzte Bestimmung getroffen und angeordnet, daß, „um aller Bevortheilung und Argliſt desto sicherer vorzubeugen, ein minderjähriger Ehemann bis nach hinterlegtem 24. Jahre unter der Curatel verbleiben, mithin demselben die freye Administrirung seines Vermögens keinerdings gestattet, sondern bei dessen Verehelichung auf Ansuchen des Tutoris vom Gerichte aus ein gemäßigtes Quantum, worüber selber zu disponiren hätte, ausgeworfen werden solle".

Weiter wurde in diesem Gesetze verfügt, „daß dasjenige, was respectu der minderjährigen Mannspersonen verordnet worden, im gleichen Falle auf das weibliche Geschlecht verstanden werden solle — daß, wenn eine Pupillin sich mit einem majorennen Manne verehelichet, die bis dahin über sie geführte Gerhabschaft aufhöre und sie bis zur erreichten neuen festgestellten Großjährigkeit unter der Curatel ihres Ehegatten stehen, in jenem Falle, wo aber beide Gatten noch nicht großjährig wären, einer wie der andere Theil unter der Disposition seines Vormundes bis nach dem 24. Jahre verbleiben solle" [2]).

Schon das Josefiniſche Gesetzbuch hat im V. Hauptstücke,

---

[1]) Die Zeugnisse des älteren österreichischen Rechtes, daß die Verehelichung ipso jure die Vogtbarkeit zur Folge habe, sind äußerst zahlreich. Die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526, Codex austr. S. 490, verfügen, „daß, wo ein Jüngling oder ein Jungfrau vor der Zeit verheurathet wurde, solle dieselbe Personn, alsbald die in der Ehe beywohnet, für vogtbar gehalten werden". Die n. ö. Landtsordnung vom Jahre 1573 bestätigt diese Regel im I. Buch, 12. Titel, §. 24, auf das Deutlichste. Nach dem im Codex austr. II. Bd., S. 187 (auch bei Suttinger im Auszuge, pag. 628) abgedruckten Gesetze vom 2. August 1631, mit welchem Decret die vogtbaren Jahre für die zwei oberen politischen Stände bestimmt wurden, sollten Männer allgemein mit 22 Jahren, Frauen aber mit 20 Jahren oder mit ihrer Verehelichung großjährig werden. Die Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669 stellte das ursprüngliche Recht wieder her und verfügte im XVI. Titel, §. 4, „daß, wenn sich ein Pupill, Manns- oder Weibs-Person, vor der Vogtbarkeit verehlicht . . . sie auch der Gerhabschaft entbunden weren".

[2]) Codex austr. III. Suppl. Bd., S. 757.

§. 87, diese letztere Bestimmung des Gesetzes vom Jahre 1753 wieder aufgehoben; nach dieser Gesetzesstelle befreite die Verehelichung ebenfalls nicht von der Vormundschaft; sie ging aber auch nicht von selbst auf den Ehegatten über, sondern es hing bei einer verehelichten minderjährigen Weibsperson von der Behörde ab, sie unter der vorigen Vormundschaft zu lassen oder die Vormundschaft ihrem Ehegatten aufzutragen.

c) Richterlich bestellte Vormundschaft.

Die richterliche oder Dativ-Vormundschaft entwickelte sich in Deutschland im Wesentlichen an der Hand der Reichstagsbeschlüsse des 16. Jahrhunderts.

Denn bei den Römern hatte die Obrigkeit nicht schon von Amtswegen einen Curator zu bestellen, sondern sie mußte immer erst besonders dazu aufgefordert werden; dagegen wurde es im fränkischen Reiche schon früher den öffentlichen Beamten zur strengen Pflicht gemacht, sich der Witwen und Waisen anzunehmen und ihnen, wenn sie dessen bedürften, von Amtswegen einen Vormund zu setzen; die Idee eines dem Könige zustehenden und von diesem auf alle Obrigkeiten übertragenen mundium fand in Deutschland bald Eingang, und namentlich in den obbezogenen Reichstagsbeschlüssen gelangte diese Rechtsanschauung zu einer reichsgesetzlichen Fixirung, so daß von nun an das Recht der Obrigkeit zur Bestellung von Vormündern von Amtswegen auf diese Reichstagsbeschlüsse gestützt wurde [1]).

Die entscheidende Stelle aus der Reform guter Polizei des deutschen Reiches vom Jahre 1548, Titel 31, mit welcher die Reichspolizeiordnung von 1577, Titel 32, übereinstimmt, lautet folgendermaßen [2]):

„Wiewohl in Gemeinen beschriebenen Rechten Ernstlich disponirt und versehen ist, daß den Pupillen und Minderjährigen Kindern von ihren Vormündern mit allem Fleiß und Ernst fürgestanden und derselben Nutz und Wohlfahrt gesucht und gefördert werden soll, So befind sich doch villmalls, daß in solchen Sachen von den Vormündern betrüglich, versäumlich und nicht mit dem Fleis, wie sie zu thun schuldig, gehandelt wird, den Pupillen und Minderjährigen zu merklichen Nachtheil und Schaden; Wenn aber nun den Oberkeiten zustehet, in dem gebührlichs und billichs Einsehen zu haben, damit die Pupillen und Minderjährigen Kinder unnbetrogen unvernachtheilt bleiben; So wollen wir allen und

[1]) Kraut a. a. O. I, S. 278, und Rudorff a. a. O. I, S. 338 und ff.

[2]) Corpus Constitutionum Imperialium, das ist: Alle des Heiligen Römischen Reichs Auffgerichte, Reichs- und Deputations-Abschiede von Franz Friedrich Edlen Herrn v. Audlern. Regensburg 1575, S. 1415.

jeden Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Graffen, Herrn von Adel und Communen hiemit Ernstlich aufferlegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthumen, Herrschafften, Oberkeiten und Gebieten dermassen Vorsehung zu thun und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern, jederzeit, biß sie zu ihren Vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angebornen Freundt und Verwandten, sich der Vormundschaft, aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollen, oder darzu nit tauglich oder geschickt wären, gegeben werden."

Die Einwirkung der reichsgesetzlichen Bestimmungen auf das Recht Niederösterreichs ist leicht nachzuweisen.

Während das „Insprucker Libell" des Jahres 1518[3]) und die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526[4]) fast nur der testamentarischen und gesetzlichen Vormundschaft erwähnten, betonte schon die „Reform guter Pollicei für die fünff niederösterreichischen Lande und für die Grafschaft Görz" vom Jahre 1552 sehr energisch die Nothwendigkeit gesetzter Vormünder.

Schon der Eingang des letztgenannten Gesetzes zeigt deutlich[5]), daß die Reichspolizeiordnung des Jahres 1548 bei dessen Abfassung unmittelbar vor Augen gestanden ist; ferner wird in diesem Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben[6]), daß, „im Faal khain Testamentlicher Gerhab, noch auch khain tauglicher negster Pluetsfreundt, so den Pupillen zu Gerhaben verordnet werden möchte, vorhanden, alßdann ain ander tauglich, und im Lanndt genuegsam angesessene Person, durch die Obrigkhait oben vermeldeten Pupillen zu Gerhaben verordnet und gesetzt werden soll", — und die Pflicht zu dieser Vormundschaftsbestellung trifft „Burgermaistr,

[3]) Das „Insprucker Libell" vom Jahre 1518 handelt nur von den vom Vater und Eltern mit Testament gesetzten Gerhaben, dann von den nächsten tauglichen, gesippten Freunden als Gerhaben. Suttinger S. 273.

[4]) Codex austr., S. 490.

[5]) Dieser Eingang der öst. Polizeiordnung, Fol. XIX, lautet: „Wiewohl in gemeinen geschriebenen Rechten ernstlich versehen und geordnet ist, daß den Pupillen und Minderjährigen Khindern von ihren Vormündern und Gerhaben mit allem vleiß und kraft fürgestanden und derselben Nutz und wolfart gesuecht und gefördert werden solle, So khumbt uns doch in vil weeg glaublichen für, daß in solchen sachen, von vilen Vormündern und Gerhaben verseumblich Aigennützig auch wol etwa betrüglich und nit mit dem vleiß und ernst, wie Sy zu thuen schuldig, gehandelt werden solle, alles zu merklichen nachtheil und schaden der Pupillen und Minderjährigen; dieweil aber uns als Christlichem Khünig und Regierenden Landtfürsten in Crafft unseres tragenden Ambts zusteen und gepürn will, hierin gepürlich einsehen zuethun und Ordnung fürzunemen, damit dieser grosse mangel abgestelt und die Pupillen und Minderjährigen Khinder unvernachteilt bleiben, So Setzen, Ordnen und wollen wir, daß es nun hinfür mit der Vormundschafft und Gerhabschafft der Minderjährigen nachfolgender Maßen gehalten werden solle."

[6]) Ebenda, Fol. XIXv und XX.

Richter und Rat in Stetten und Märkhten, die Grundtobrigkheit und Gerichtsherrn auf dem Lande und den Landmarschall in Oesterreich unter der Enns rücksichtlich der Pupillen der Landleuth".

Ebenso bestimmte die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 [7]), „daß, wenn durch Testament oder letzten Willen keine Gerhaben gesetzt, noch gesippte Freund vorhanden, denen die Gerhabschafft zufiele, oder dieselben untauglich oder außer Landts wären, ein jedwede nachgesetzte Obrigkait, der der Pupillen Vatter unterworfen gewesen, solche Pupillen, alsobald sie hievon Nachrichtung erlangt, mit tauglichen Gerhaben zu versehen und im Falle einer oder der andere abstirbt, auff Anzeige deß überlebenden Mitgerhaben, oder da keiner vorhanden wäre, alsobald ex officio den Abgang zu ersetzen schuldig sei", — „daß ferner [8]) die gemeldte Tauglichkeit der Gerhaben darin bestehe, daß es ehrlich, verständig, Gewissenhafft — und da es anderst füglich seyn kann, vermöglich- und angesessene Männer, auch der Obrigkeit, welche sie verordnet, wenigst der Gerhabschafft halber unterworffen seyen, und da sie sonsten einer andern Instantz untergeben, sich derselben dißfalls verzeihen".

Eine eigenthümliche Gestalt nahm die richterliche Vormundschaftsbestellung in allen jenen Fällen an, in welchen bis zum 16. Jahrhunderte die Grundherren oder die Obrigkeiten in den Städten und Märkten die Administration der Vormundschaft selbst versehen hatten, eine Thatsache, auf welche wir schon oben, als wir von der Obervormundschaft gehandelt, hingewiesen haben.

Wir haben damals schon gesehen, daß noch im 17. Jahrhunderte die Obrigkeit als Gerhab galt, wenn sie keine Gerhaben setzte; wir haben damals auch schon von einer unmittelbaren obrigkeitlichen Administration des Waisenvermögens gesprochen, welche der „Landtsbrauch" überliefert hatte, und es scheint demnach die Wirkung der Reichspolizeiordnungen und der denselben nachgefolgten Landesgesetze in Beziehung auf diese Gerhabschaften darin bestanden zu haben, daß von nun an die unmittelbare obrigkeitliche Administration aufhören und jederzeit die Bestellung eines Vormundes eintreten sollte.

Während demnach bei den oberen Ständen die Neuerung eben darin bestand, daß nicht blos durch Testament und Verwandtschaft, sondern bei Abgang dieser Delationsgründe immer und ausnahmslos durch den Richter die Vormünder berufen werden sollten, manifestirte sich die Neuerung bei den niederen Ständen darin, daß an Stelle der unmittelbaren Bevormundung durch die Obrigkeit die Ernennung eines Vormundes treten sollte.

---

[7]) Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669, IV. Titel, §. 1.
[8]) Ebenda, §. 2.

Es wurde demnach, um der Sache eine andere Seite abzugewinnen, bei den oberen Ständen ein allgemeiner dritter Delationsgrund der Vormundschaft geschaffen, während bei den niederen Gesellschaftsclassen die Dativ-Tutel eben vielleicht erst eingeführt wurde, beziehungsweise gleichzeitig mit der testamentarischen und der gesetzlichen Tutel Eingang fand.

Aus diesem Umstande erklärt es sich auch leicht, daß die richterliche Vormundschaftsbestellung, namentlich bei den Unterthanen, die anderen Delationsgründe in den Hintergrund drängte; immer war ja, wie wir theils schon gesehen haben, theils sehen werden, die wesentliche Leitung des Vormundschaftswesens bei den Dominien geblieben; es war daher auch begreiflich, daß das Recht der tutoris datio von ihnen freier und ungehinderter geübt wurde als bei den oberen Ständen.

Es ist demnach auch sehr erklärlich, daß Grenek[9] — nachdem er das Recht aller österreichischen Stände dargestellt hat und auf die Verlassenschaftsabhandlung und die Vormundschaft am Lande bei den unterthänigen Personen übergeht — lediglich der Dativ-Tutel Erwähnung macht und der testamentarischen und der verwandtschaftlichen Vormundschaft nahezu gar nicht gedenkt.

Uebrigens mußte auch die obrigkeitliche Confirmation sämmtlicher Vormünder dazu viel beitragen, daß jeder Vormund als mehr oder minder unmittelbar von dem Richter berufen angesehen wurde, was sich sehr leicht daraus erklärt, daß der Richter aus triftigen Gründen sowohl den testamentarisch als den gesetzlich berufenen Vormund übergehen und selbst beseitigen und einen anderen Vormund setzen konnte.

So schreibt daher Vossius[10]: „Omnis tutela a magistratu defertur, quia ante delationem se tutelae immiscere prohibitum est"; v. Banniza[11], der diese Anschauung zwar als unrichtig bezeichnet, betont dennoch andererseits die vorzugsweise Bedeutung der Dativ-Tutel, welche aus der obersten Vormundschaft der Fürsten und Magistrate stammt, kraft deren sie ermächtigt sind, vertragsmäßige, gesetzliche und testamentarische Vormünder zu übergehen und andere tauglichere an deren Stelle zu setzen, und Donner[12] will das Testament des Erblassers und die Verwandtschaft gar nur mehr als Vermuthungen gelten lassen, welche den Richter bestimmen, lieber auf diese als auf andere Personen zu greifen.

Auch die Entwickelung der österreichischen Gesetzgebung ist

---

[9] Grenek a. a. O., S. 273 und 283.
[10] Vossius a. a. O., S. 278.
[11] Banniza a. a. O., S. 53.
[12] Donner I, S. 9.

immer dem einen Zuge gefolgt, die Dativ-Tutel stets mehr und mehr auszubilden.

So mußten schon die Gesetze vom 2. August 1631 und vom 10. November 1634[13]), welche die Vergerhabung und Versorgung der Pupillen der oberen Stände insbesondere betrafen, der Dativ-Tutel ein Uebergewicht einräumen, da von nun an für die Pupillen der oberen Stände in keinem Falle unkatholische Gerhaben belassen werden sollten.

Noch deutlicher entwickelte sich die Bedeutung der Dativ-Tutel in der „Reformation der Pupillen Rait Camer der Stadt Wien vom 29. April 1715“[14]), mit welchem Gesetze angeordnet wurde, daß selbst den Eltern in jedem Falle, wenn auch denselben ex lege die Vormundschaft gebührt, taugliche Mitgerhaben und nebenbei in allen Fällen, in denen es auf Abfertigung der überlebenden Eltern ankommt, auch außerdem noch zur Abhandlung geschickte und wohlerfahrene Curatores ad actum bestellt werden sollen, und übereinstimmend hiemit berichtet Grenek, daß allgemein selbst dem überlebenden Vater nach dem Landesgebrauche ein Mitgerhabe vom Richter beigegeben zu werden pflegte, damit die Gebahrung des Vaters die entsprechende Controle habe.

Es kann uns demnach auch durchaus nicht mehr wundern, wenn im Josefinischen Gesetzbuche die Dativ-Tutel an Bedeutung alle anderen Delationsgründe überragte.

Im Gesetze selbst wird zwar freilich noch an dem Grundsatze festgehalten, daß die Gerichte nur dann den Waisen Vormünder bestellen sollen, wenn weder ein letztwilliger Vormund noch ein Anverwandter vorhanden ist[15]); allein das Gericht hatte durchaus nicht die Verbindlichkeit, erst lange zu erkunden, wer denn der nächste Verwandte sei; meldete sich innerhalb der ersten vierzehn Tage kein Verwandter, so konnte es alsbald zur Bestellung eines Fremden an Stelle des Verwandten schreiten, der nur eine Reclamationsfrist von einem Jahre hatte, nach dessen Ablauf aber jeden Anspruch auf die Vormundschaft verloren hatte, so zwar, daß sie ihm auch später wider seinen Willen aufgetragen, von ihm aber nicht mehr gegen den Willen des gesetzten Vormundes begehrt werden konnte.

Die Entwickelung und Ausbildung der Dativ-Tutel mußte begreiflicherweise das Vormundschaftswesen von Grund aus umgestalten. War früher alles Gewicht darauf zu legen, daß der Verwandte, welcher zur Vormundschaft berufen wurde, möglichst angesessen und vermöglich sei, daß er nach Thunlichkeit Caution

[13]) Codex austr. II, S. 187.

[14]) Stadt Wiener Pupillen Rait Camer Reformation, Codex austr., I. Suppl. Bd., S. 787.

[15]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 22.

leiste, kurz, daß in seinem Vermögen hinreichende Sicherstellung für etwaige Ansprüche des Mündels gefunden werden könne, so mußte sich die Sache bald umgestalten, nachdem allgemein die richterliche Vormundschaftsbestellung angeordnet worden war.

Von diesem Augenblicke an trat die Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft in erster Linie hervor; von diesem Augenblicke an mußte man von manchen Erfordernissen der Vormünder absehen; man mußte namentlich auf die Hoffnung verzichten, möglichst begüterte und angesessene Personen zum vormundschaftlichen Amte herangezogen zu sehen, da eine so große Menge vermöglicher Personen gar nicht hätte gefunden werden können.

Von da an mußte man auch nach anderen Sicherstellungsmitteln der Waisen Umschau halten, welche die Caution des Vormundes und das bei vermögenslosen Vormündern natürlicherweise werthlose stillschweigende Pfandrecht des Mündels am Vermögen des Vormundes ersetzen konnten; und da die Wahl des Vormundes durch das Gericht dieses für die getroffene Wahl verantwortlich machte, so war es sehr natürlich, daß die Vermögensverwaltung des Vormundes immer mehr eingeengt, stets mehr an die vormundschaftsbehördliche Genehmigung geknüpft wurde, und daß die Rechnungslegung des Vormundes an die Obrigkeit den Mangel einer Realcaution möglichst ersetzen sollte.

Von selbst schloß sich an diese geänderte Vermögensverwaltung die weitere Consequenz an, daß das Vormundschaftsgericht möglichst bestrebt sein mußte, von jeder Subsidiarhaftung befreit zu sein, daß es von nun an nicht mehr den Pupillen überlassen werden konnte, etwaige Ansprüche an den Vormund nach geendeter Vormundschaft mit der actio tutelae geltend zu machen, sondern daß die Obrigkeit von selbst Bedacht nehmen mußte, durch eine weitgehende Präventivjustiz jeden Grund einer tutelae actio abzuschneiden und dem großjährig gewordenen Waisen ein Absolutorium abzufordern.

Diese Aenderungen des alten Vormundschaftswesens ergaben sich mit um so größerer Nothwendigkeit, als die Vormundschaftsbehörde mit der Subsidiarklage belangt werden durfte, und da ein Ersatzanspruch an diese Behörde vielfach eventuell auch den Staatsschatz treffen konnte, so war es begreiflich, daß auch die Abfertigung der großjährig gewordenen Waisen nicht mehr Privatangelegenheit der letzteren blieb, sondern daß der Staat selbst ein unmittelbares Interesse daran hatte, daß so viel wie möglich durch eine Verzichtserklärung des abgefertigten Mündels jedweder eventuelle Anspruch an die Vormundschaftsbehörde abgeschnitten wurde.

Ergab es sich als endliche Consequenz der gesammten Auffassung, daß die Obervormundschaft im Allgemeinen sich selbst mit den kleinen Administrationsangelegenheiten immer mehr und

mehr befassen mußte, so war es dann auch natürlich, daß die Vormundschaftsadministration bei den Unterthanen, welche immer mehr oder weniger in den Händen der Grundobrigkeit gelegen hatte, als Vorbild des gesammten Vormundschaftswesens aufgefaßt wurde, und daß die Entwickelung dieses Rechtsinstitutes in Niederösterreich dahin gravitirte, das überlieferte Recht der Unterthanen auf die oberen Stände auszudehnen.

So liegt demnach nahezu der gesammte Schlüssel zur Erklärung der Entwickelung des österreichischen Vormundschaftswesens in der von uns betrachteten Periode in der Ausbildung der Bedeutung der Obervormundschaft und der aus derselben abgeleiteten Dativ-Tutel, eine Bemerkung, auf welche wir noch öfter zurückkommen werden.

2. Ausschließungsgründe, Excusationsgründe, Streit um die nähere Pflicht und um das nähere Recht zur Vormundschaft.

Bereits in einem früheren Aufsatze, als wir von dem Vormunde im Allgemeinen handelten, haben wir die Gründe dargestellt, welche absolut und unbedingt die Unfähigkeit zum vormundschaftlichen Amte zur Folge haben.

Es gibt aber Personen, welche, ungeachtet ihrer Befähigung zur Uebernahme einer Vormundschaft, in abstracto, dennoch zu einer bestimmten Vormundschaft nicht zugelassen werden sollen, und andererseits kannte man stets Gründe, welche es gestatteten, sei es eine bestimmte, sei es alle Vormundschaften ohne Unterschied abzulehnen.

Man hat die letztbezeichneten Gründe, nach dem Vorbilde des römischen Rechtes, mit dem Namen Excusationsgründe bezeichnet, vielfach aber auch die eigentlichen relativen Ausschließungsgründe unter den gleichen Begriff subsumirt und sodann von excusationes necessariae, von nothwendigen Entschuldigungsgründen, im Gegensatze zu den excusationes voluntariae, den freiwilligen Entschuldigungsgründen, gesprochen; zu dieser Gleichstellung zweier an und für sich heterogener Begriffe mag wohl der Umstand viel beigetragen haben, daß die excusationes necessariae nicht blos dem Richter das Recht gaben, den betreffenden Berufenen von der Uebernahme und selbst von der Fortführung des Amtes auszuschließen, sondern daß auch der Berufene diese nothwendigen Entschuldigungsgründe gleich den freiwilligen herbeiziehen konnte, um mit Erfolg die Berufung zum vormundschaftlichen Amte abzulehnen.

In Deutschland hat, nach Kraut, der Grundsatz des römischen Rechtes allgemeine Geltung erlangt, daß Jeder, welcher zur Vormundschaft berufen wird, dieselbe zu übernehmen verpflichtet ist, wenn er nicht entweder dazu überhaupt unfähig ist, oder wenn

er nicht gesetzliche Entschuldigungsgründe vorzuschützen vermag; als Entschuldigungsgründe wurden gemeinrechtlich — wiewohl mit mannigfachen Modificationen — dieselben anerkannt, welche das römische Recht aufgestellt hatte. Doch fand auch schon frühzeitig in Deutschland die Regel Eingang, daß bei der Beurtheilung der Entschuldigungsgründe nicht so sehr auf die Vorschriften des römischen Rechtes, als auf die Beschaffenheit der Umstände zu sehen sei[1]), und es kann uns die Verbreitung dieser Regel umsoweniger Wunder nehmen, als die Reichsgesetze des 16. Jahrhunderts nicht nur den Gerichten ganz allgemein anbefohlen hatten, für die Bevormundung sämmtlicher minderjähriger Personen Sorge zu tragen, sondern auch insbesondere die Nothwendigkeit der richterlichen Confirmation aller Vormünder, die arbiträre Gewalt der Richter, die Fähigkeit zum vormundschaftlichen Amte zu beurtheilen, wesentlich steigern mußte.

Für Niederösterreich wird man die Bemerkung vorausschicken müssen, daß bis zum Erscheinen der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 die Quellen meist nur im Allgemeinen von der Nothwendigkeit handeln, taugliche Vormünder zu berufen, daß regelmäßig die Uebernahme der Vormundschaft eine Pflicht des Berufenen sei, und daß nur rechtmäßige Entschuldigungsgründe zu einer Ablehnung berechtigen; dagegen haben es diese älteren Rechtsquellen meist vermieden, speciell die nothwendigen und freiwilligen Entschuldigungsgründe aufzuzählen, und nur gelegenheitlich wurde auf einzelne Punkte verwiesen, welche einer besonderen Festsetzung bedürftig erschienen; namentlich gab sich das Bestreben in diesen Quellen kund, die Excusationsgründe einzuschränken, um die Verpflichtung zur Uebernahme des vormundschaftlichen Amtes nicht durch allzugroße Ausnahme zu sehr zu durchbrechen.

Man würde daher offenbar fehlgehen, wenn man durch die allgemeine Verweisung der älteren Rechtsquellen auf die hergebrachten Ausschließungs- und Entschuldigungsgründe sich sofort zu der Annahme entschließen wollte, als seien sämmtliche Bestimmungen des römischen Rechtes recipirt worden, welche denn doch in so vielen Beziehungen als antiquirt angesehen werden mußten [2]).

Das Innsbrucker Libell [3]) vom Jahre 1518 gedenkt im Allgemeinen nur der Vergerhabung der Kinder mit den nächsten *tauglichen*, gesippten, *unverdächtigen Freunden*. Die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 [4]) schreiben vor, daß, „wo

[1]) Kraut a. a. O. I, S. 242; Rudorff a. a. O. II, S. 15.
[2]) Die Lehre des römischen Rechtes über Ablehnung der Vormundschaft siehe Rudorff, II. Bd., S. 1—210.
[3]) Suttinger, pag. 273.
[4]) Codex austr. II, S. 490.

die Testament nicht Gerhaben begreiffen, oder kein Testament vor Augen wär, alsdann die, so nach der Ordnung der Rechten, so fern sie darzu geschickt und tauglich, zu solcher Gerhabschafft berufft und die ungevogten Kinder auf das beste versehen werden sollen, damit in der Gerhabschafft nichts zu Nachtheil gehandlet" — und die „Policeyordnung für die fünff niederösterreichischen Lande und die Grafschafft Görz vom Jahre 1552" [5]) bestimmte endlich rücksichtlich der gesetzlichen Vormundschaft, daß die Agnaten, nur wenn sie untauglich sind oder genugsame Ursachen der Entschuldigung haben, sich der Vormundschaft entschlagen können, und rücksichtlich der Dativ-Tutel, daß diese Vormünder „taugliche und im Lanndt genuegsam angesessene Personen" sein sollen.

Trotz dieser im Ganzen blos im Allgemeinen angedeuteten Ausschließungs-, beziehungsweise Entschuldigungsgründe, finden sich dennoch in den der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 vorangehenden Rechtsquellen mehrfache Stellen, welche einzelne Ausschließungs-, beziehungsweise Entschuldigungsgründe, speciell hervorheben.

So erwähnt schon Suttinger [6]), daß die N. Ö. Regierung per Sent. publ. den 8. Apr. An. 1521 beschlossen habe, „daß Gerhab der nicht seyn kann, so Sprüch zu seiner Pupillen Gut hat" — und die „Policeyordnung des Jahres 1552" ist sichtlich bemüht gewesen, die Tragweite dieses überlieferten Rechtssatzes entsprechend zu bestimmen.

Nach diesem Gesetze [7]) soll nämlich nur dem nächsten Freund die Vormundschaft nicht auferlegt werden, wenn derselbe zu des Pupillen ganzer Erbschaft und Gut selbst Forderung und Anspruch hätte, wogegen für den Fall, daß ein Agnat nur zu einem Theil des Pupillen Gut Anspruch hätte, nur ein curator in litem, um die Sache gegen den Gerhaben auszuführen, bestellt und der Gerhab aus diesem Grunde nicht entschuldigt sein soll.

„In gleicher Weise — verfügte dasselbe Gesetz [8]) — solle es gehalten werden, wenn ein Gerhab von der Oberkheit zu großen Ämbtern und fernerer Raiß fürgenommen wurde" — ohne jedoch in dieser Stelle bestimmt auszusprechen, ob diese Gründe bloße freiwillige Entschuldigungsgründe oder Ausschließungsursachen sein sollen.

Analog hatten die oben bezogenen Wiener Freiheiten des Jahres 1526 [9]) bestimmt, „daß kein Person in dem Stadtrath keine

---

[5]) Polizeiordnung des Jahres 1552, Fol. XIXv. und XX.
[6]) Suttinger, S. 279.
[7]) Polizeiordnung vom Jahre 1552, Fol. XIXv.
[8]) Ebenda.
[9]) Codex austr. II, S. 490.

Gerhabschaft annehmen noch verwalten solle — weil die Stadträthe diejenigen sein sollen, die ob den Gerhabschaften sind; und nur der Vater in seinem Testamente durfte auch einen Stadtrath zum Vormunde ernennen".

Als ein eigentlicher Excusationsgrund wurde in der Polizeiordnung des Jahres 1552 [10]) noch angeführt, daß, „wo auch ainem Agnaten oder negstem Freundt mehr als aine seines abgestorbenen Freundts Gerhabschafften auferlegt worden, also daß Er zwo, drey oder mehr Gerhabschafften der Sippschafft halber versehen muesste und eben denselben Gerhabschafften allen one sondern Nachtheil, Schaden und versäumbnuß den Pupillen nicht statlichen vorsein noch die verrichten könnte, alßdann die Pupillen und Minderjärigen durch die Obrikheiten mit andern tauglichen und vertrauten Personen, ob gleichwohl die den Pupillen nicht gefreundt sein, nach notturfft versehen werden sollen"; — ferner wurde in eben diesem Gesetze [11]) dem Vormunde verboten, seine Pflegetochter selbst zur Ehe zu nehmen, und da auch bereits im römischen Rechte die Ehe die Uebernahme der Vormundschaft hinderte, beziehungsweise einen Fall der excusatio voluntaria und necessaria bildete, so dürfte nicht zu zweifeln sein, daß das Gesetz des Jahres 1552 die Rechtsregel des römischen Rechtes bekräftigen wollte. In gleicher Weise wurden die Stiefväter in diesem Gesetze ausdrücklich ausgeschlossen.

Nicht insbesondere ausgesprochen, wohl aber dem orthodoxen, streng katholischen Geiste der Gesetzgebung entsprechend war der Grundsatz, daß nur katholische Vormünder für katholische Pupillen, ja später sogar für akatholisch-christliche Pupillen bestellt werden sollen.

An und für sich würde sich diese Regel schon aus der Polizeiordnung des Jahres 1552 ergeben, wonach die Vormünder anfänglich und vor allen Dingen die Pupillen „zu der Eer und Furcht Gottes in der heiligen Christlichen Religion erziehen sollen" [12]); noch mehr aber sprechen diesen Grundsatz jene Gesetze aus, welche, nach der Ausbreitung der Glaubensspaltung auf Oesterreich, den Zweck verfolgten, den Abfall der Pupillen vom wahren Glauben nicht nur zu verhindern, sondern selbst akatholische Mündel zur katholischen Kirche zurückzuführen.

Die Sorgfalt der Regierung hat sich diesfalls in wiederholten Gesetzen vom 2. August 1631 — repetirt am 10. November 1634 [13]) — und vom 28. August 1664 [14]) ausgesprochen,

---

[10]) Polizeiordnung vom Jahre 1552, Fol. XIXv.
[11]) Ebenda, Fol. XXIII und XXIIIv.
[12]) Ebenda, Fol. XX.
[13]) Codex austr. II, S. 187.
[14]) Codex austr. II, S. 188.

welche die Versendung der akatholischen Pupillen der oberen Stände außer Landes verboten, beziehungsweise unter die strengste Aufsicht stellten, und namentlich die Vergerhabung mit akatholischen Gerhaben strenge untersagten, und die n. ö. Regierung hat im Jahre 1656 in einem speciellen Falle beschlossen [15]), daß selbst rücksichtlich akatholischer Pupillen, „wenn man zwei Catholische Vormünder nicht haben könne, dem Catholischen Vormunde die Education des Pupillen aufgetragen werden solle, und daß nur wegen des Guts ein unkatholischer Vormund bestellt werden dürfe".

Daß Juden von der Vormundschaft über Christen vollkommen ausgeschlossen waren, versteht sich nach der principiengetreuen Haltung der Gesetzgebung in dieser Frage wohl von selbst, so daß es uns nicht befremden darf, diesen Grundsatz nicht erst speciell ausgesprochen zu finden.

Das bisher Gesagte erschöpft vollkommen den Inhalt der der Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 vorausgehenden Rechtsquellen in diesem Punkte. Die äußerst dürftige Literatur, die uns aus dieser Periode zu Gebote steht, reicht auch nicht zu, um irgendwelche nähere Details des geltenden Rechtes Niederösterreichs sicherzustellen.

Um so größere Beachtung verdient demgemäß die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 selbst, deren wesentlichstes Streben in dieser Materie des Vormundschaftsrechtes sowohl wie in anderen Punkten dahinging, dem römischen Rechte, rücksichtlich den für die damalige Zeit passenden Bestimmungen desselben, Gesetzeskraft zu verleihen.

Auch dieses Gesetz betonte zwar an mehreren Stellen lediglich im Allgemeinen die Nothwendigkeit, taugliche Vormünder zu bestellen; auch dieses Gesetz war bestrebt, die Tauglichkeit der gerichtlich bestellten Vormünder dahin zu bestimmen, „daß es ehrlich, verständig, Gewissenhafft, und da es anderst füglich sein kann, vermöglich und angesessene Männer, auch der Obrigkeit, welche sie verordnet, wenigst der Gerhabschaft halber unterworfen seien" [16]) — ohne die Ausschließungsgründe getrennt von den Excusationsgründen aufzuzählen; dennoch aber läßt sich ein systemisirendes Streben dieses Gesetzes nicht verkennen, indem ein eigener Titel den Entschuldigungsgründen gewidmet ist, in welchem viele Ausschließungs- und Entschuldigungsgründe aufgezählt werden.

Indem es uns am besten scheint, in dieser Materie der Legalordnung des Gesetzes zu folgen, wollen wir gleich am Be-

---

[15]) Suttinger, pag. 867 und 870.
[16]) Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669, IV. Titel, §. 2.

ginne hervorheben, daß die Excusationsgründe in diesem Gesetze nach dessen ausdrücklicher Anordnung nicht taxativ, sondern demonstrativ aufgezählt werden[17]).

1. Zuerst verfügte die Gerhabschaftsordnung[18]), daß Diejenigen rechtmäßig entschuldigt sein sollen, welche bereits ein hohes Alter (Sechzig Jahre) erreicht haben, oder welche mit steter Leibesschwachheit behaftet sind; es braucht zu diesem Grunde wohl nur erinnert zu werden, daß eine in Folge Alters oder Krankheit zunehmende Untauglichkeit den Richter bestimmen konnte, den Berufenen, rücksichtlich Bestellten, auch wider seinen Willen von der Antretung oder Fortführung der Vormundschaft auszuschließen, und daß es im Geiste des Gesetzes gelegen gewesen sein dürfte, dem alten oder kranken Vormunde das Recht einzuräumen, sich nicht blos von der Uebernahme neuer, sondern auch von der Fortführung bereits übernommener Vormundschaften zu entschuldigen.

2. Den zweiten Entschuldigungsgrund bildete eine Armuth, welche es dem berufenen Vormunde nicht wohl möglich machte, sich mit fremden Geschäften zu beladen[19]); dieser offenbar aus dem römischen Rechte entnommene Grund[20]) scheint indessen einem weiteren richterlichen Ermessen Spielraum gelassen zu haben, weil ja — wie wir später sehen werden — das Streben in der Gerhabschaftsordnung schon dahin ging, die Zahl der tauglichen Vormünder nicht zu sehr zu beschränken, vielmehr in Ansehung der Dativ-Tutel die Realcaution des Vormundes zu beseitigen.

3. Den weiteren und dritten Entschuldigungsgrund bildeten „drei mühsame, der Raittung unterworfene Gerhabschafften — sie seien gleich unter Befreundten oder unter Fremden, oder auch nur eine sehr schwere und weitläufige Vormundschaft"[21]).

Mit dieser Gesetzesbestimmung war die Gerhabschaftsordnung offenbar bestrebt, die Polizeiordnung des Jahres 1552 wesentlich zu verbessern, welche den gleichen Excusationsgrund doppelt beschränkt hatte, indem nach diesem Gesetze erst zwei oder drei Gerhabschaften, und zwar nur solche entschuldigten, welche der Sippschaft halber übernommen werden mußten.

Die Stylisirung der Gesetzesbestimmung zeigt deutlich auf

---

[17]) Ebenda, VI. Titel, §. 1: „Insgemein ist ein jedweder Vogtbahrer Mann schuldig, die zu gemeiner Wohlfahrt und Beschützung der Waisen gereichende Gerhabschafft, wenn er zu derselben beruffen wird, auch wider seinem Willen über sich zu nehmen, er habe denn nachfolgende, oder andere gleichmäßige Ursachen zur Entschuldigung einzuwenden."

[18]) Ebenda, §. 2.

[19]) Ebenda, VI. Titel, §. 2, Absatz 2.

[20]) Rudorff a. a. O. II, S. 51.

[21]) Gerhabschaftsordnung, VI. Titel, §. 2, Absatz 3.

den römischen Ursprung zurück[22]); es muß daher auch folgerichtig dem römischen Rechte entsprechend angenommen werden, daß die Zahl nicht nach den Personen der Pflegebefohlenen, sondern nach der Anzahl der zu verwaltenden Vermögen zu berechnen war; übrigens scheint es uns, daß das weitere Ermessen, welches die Gerhabschaftsordnung dem Richter eingeräumt hatte, jene Subtilitäten vielfach umgehen half, welche sich im römischen Rechte gerade in Ansehung dieses Excusationsgrundes vorfinden.

4. Unter dem vierten Entschuldigungsgrunde sind jene Fälle begriffen, bei welchen die Excusation im öffentlichen Interesse gestattet wird[23]); wiewohl auch diesfalls analoge Bestimmungen im römischen Rechte vorgefunden wurden, mußten wegen der gänzlich verschiedenen Verfassung bedeutende Modificationen des römischen Rechtes in unserem Heimatlande stattfinden[24]).

Vor Allem wurden die wirklichen Räthe des Kaisers oder Erzherzogs oder sonst zu besonderer Verrichtung verpflichtete Beamte und Bediente, dann aber auch die „Bürgermeister, Stadt- oder Markt-Richter in den Lands-fürstlichen Städten oder Märkten" insofern entschuldigt, daß ihnen ohne erhebliche Ursachen keine Gerhabschaften, und bei deren Ereignung über eine nicht aufgetragen werden sollten, und es scheint, daß, im Gegensatze zu den Wiener Freiheiten des Jahres 1526, diese Magistrate und Beamten sich auch von der testamentarischen Tutel excusiren konnten.

Dagegen entschuldigte dieser Grund nach der Gerhabschaftsordnung ausdrücklich regelmäßig nur a tutela suscipienda, nicht aber auch schon a tutela suscepta, weil das Gesetz insbesondere hervorhob, daß diese Personen, wenn sie schon vorher eine oder mehrere Gerhabschaften ob sich gehabt, sich derselben hernach ohne vorhergehende ordentliche Verraittung oder anderweitige Vergerhabung der Pupillen nicht mehr entschlagen mögen.

5. Einen weiteren Entschuldigungsgrund bildete schwere Feindschaft und Widerwillen des berufenen Vormundes mit den Eltern der Pupillen, welche bis zu deren Absterben gewährt hat[25]); dieser aus dem römischen Rechte entnommene Grund[26]) war offenbar ein Fall der excusatio necessaria; sonderbarerweise hat es aber die Gerhabschaftsordnung unterlassen, einer testamentarischen Ausschließung einer bestimmten Person von der Vormundschaft zu gedenken; da indessen, wie bereits erwähnt, die Ausschließungs- und Excusationsgründe nicht taxative aufgezählt sind, so ist nicht zu zweifeln, daß testamentarische Aus-

[22]) Rudorff a. a. O., S. 58—70.
[23]) Gerhabschaftsordnung a. a. O., Absatz 4.
[24]) Rudorff a. a. O., S. 78 u. ff.
[25]) Gerhabschaftsordnung a. a. O., Absatz 5.
[26]) Rudorff a. a. O., S. 22.

schließung des Vaters als gleichwirkende Ausschließungsursache angesehen wurde.

6. Auch Forderungen des berufenen Vormundes an den Pupillen bilden einen Fall der excusatio necessaria und voluntaria[27]); doch soll, in offenbarem Anschlusse an die Polizeiordnung des Jahres 1552, nur eine Forderung, beziehungsweise ein Anspruch an des Pupillen ganzes Gut oder dessen mehreren Theil von der Vormundschaft ausschließen, beziehungsweise von derselben entschuldigen, während ein Anspruch „auf einen wenigen Theil des Pupillen Gutes zur Entschuldigung und Enthebung der Gerhabschaft nicht genugsam sein, sondern alsdann ein curator in litem, die Sachen gegen den Gerhaben auszuführen, verordnet werden soll"; es ist sofort auch klar, daß die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 die weitergehenden Bestimmungen Justinian's der Novelle 72 vom Jahre 538 nicht recipiren wollte[28]); dagegen scheint es ebenso klar, daß nach diesem Gesetze eine Forderung auf des Pupillen ganzes Gut oder auf den mehreren Theil desselben nicht nur a suscipienda, sondern auch — mindestens nach richterlichem Ermessen — a suscepta tutela ausschloß.

7. Sechs oder mehr eheleibliche Kinder entschuldigen den Vater von der Uebernahme einer anderen Vormundschaft[29]) und es hat sich dieser Entschuldigungsgrund sichtlich nach den diesfalls bestehenden Privilegien des römischen Rechtes herausgebildet[30]); doch müssen diese sechs Kinder — zu denen Enkel und Urenkel, nicht aber Adoptivkinder mitzurechnen sind — in des Vaters Gewalt und in seiner Versorgung stehen, wobei freilich nicht an die patria potestas im Sinne des römischen Rechtes gedacht werden kann, welche ja in diesem Umfange in Oesterreich niemals recipirt wurde.

8. In Folge eines Privilegiums sowohl als auch offenbar wegen der factischen Behinderung sind die Botschafter, Abgesandten und Präsidenten, so lange sie in des Landesfürsten Dienste abwesend sind, nicht nur von der gesetzlichen, Dativ- und selbst von der testamentarischen Tutel befreit[31]), sondern auch befugt, ihre bereits übernommenen Vormundschaften gegen schuldige Verraittung niederzulegen.

9. Ein gleiches Privilegium ist endlich den Kriegsleuten gegeben, so lange sie sich im wirklichen Dienste befinden[32]).

Außer diesen neun in der Gerhabschaftsordnung des Jahres

---

[27]) Gerhabschaftsordnung a. a. O., Absatz 6.
[28]) Rudorff a. a. O., S. 27.
[29]) Gerhabschaftsordnung a. a. O., Absatz 7.
[30]) Rudorff a. a. O., S. 132.
[31]) Gerhabschaftsordnung a. a. O., Absatz 8.
[32]) Ebenda, Absatz 9.

1669 ausdrücklich aufgezählten Ausschließungs-, beziehungsweise Entschuldigungsgründen, ist nicht zu zweifeln, daß noch mehrere andere Ursachen als gleich schwerwiegend erkannt worden sind; so ist beispielsweise nach diesem Gesetze[33]) derjenige Vormund verdächtig, welcher sich in die Vormundschaft durch Geschenke oder andere unziemliche Mittel eingedrängt hat, und wenn dieser Grund den Richter berechtigte, den confirmirten Vormund abzusetzen, so ergibt sich durch einen einfachen Schluß a majore ad minus, daß derselbe Grund vor der Confirmation als Ausschließungsgrund gelten mußte, wie dies übrigens von der Gerhabschaftsordnung ausdrücklich, wenngleich nicht unter den Entschuldigungsgründen aufgeführt ist; ferner ist nicht zu zweifeln, daß Entfernung und Abwesenheit des Vormundes triftige Entschuldigungsgründe bildeten, da ja der Vormund regelmäßig der Obrigkeit, welche die Gerhabschaft verordnete, unterworfen sein sollte[34]). Endlich kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch dieses Gesetz die Reinhaltung des katholischen Glaubens zu sehr anstrebte, um die Ernennung eines akatholischen Vormundes für katholische Mündel zu gestatten; war es ja doch des Vormundes erste Pflicht, die ihm anvertrauten Pupillen in dem wahren katholischen Glauben zu erziehen[35]); durfte er sie ja nicht außer Landes an solche Orte verschicken, wo sie von dem katholischen Glauben möchten abgeführt werden; war es doch endlich auch verboten, die Pupillen auf unkatholische Universitäten und Schulen zum Studium zu schicken oder an unkatholischen Orten zum Handwerk aufzudingen[36]). Ob auch für akatholische Pupillen katholische Gerhaben benannt werden sollen, ist in dem Gesetze nicht entschieden.

Noch ist zum Schlusse dieser Materie zu erwähnen, daß die Unfähigkeit der Stiefväter zur Vormundschaft, welche die Polizeiordnung des Jahres 1552 ausdrücklich ausgesprochen hatte, sich in der Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 nicht mehr ausgesprochen findet.

Die österreichische Literatur, welche der Gerhabschaftsordnung nachgefolgt ist, lehnt sich im Wesentlichen an dieses Gesetz an, indem gleichzeitig vielfach auf die Vorschriften des römischen Rechtes Rücksicht genommen wird; indessen ist auch in der Literatur die Ansicht vertreten, daß ein weiteres richterliches Ermessen in Ansehung der Beurtheilung der Ausschließungs-, rücksichtlich Excusationsgründe bestehe[37]).

---

[33]) Gerhabschaftsordnung, XV. Titel, §. 1; II. Titel, §. 1.
[34]) Ebenda, IV. Titel, §. 2.
[35]) Ebenda, IX. Titel, §. 1.
[36]) Ebenda, §. 4.
[37]) Weingärtler a. a. O. S. 20 bespricht die Ausschließungsgründe; eingehender beschäftigt er sich auf S. 40—44 mit den Excusations-

Was nun das Verfahren rücksichtlich der Excusationen betrifft, so hatte sich im römischen Rechte ein eigener Excusationsproceß herausgebildet, und fand seit Marc Aurel durch den Excusationsproceß keine Devolution an die dem Magistrate vorgesetzte Appellationsinstanz mehr statt, indem die Excusation vielmehr bei dem ordentlichen vormundschaftlichen Gerichte vorgebracht werden mußte; die Form des Excusationsprocesses war dagegen immer noch in Rom die eines wahren Rechtsstreites geblieben, welcher zwischen dem Vormunde und Demjenigen, der ihn zum Vormunde vorgeschlagen hatte, geführt wurde, so daß nach geschlossenem Verfahren ein Endurtheil geschöpft wurde, gegen welches Rechtsmittel zugelassen waren [38]).

Die Bestimmungen des römischen Rechtes über den Excusationsproceß sind aber in Oesterreich niemals recipirt worden; zwar könnte dies an und für sich aus dem gänzlichen Stillschwei-

---

gründen, wobei Weingärtler es niemals unterläßt, auf das römische Recht ganz insbesonders zurückzukommen und die österreichische Gerhabschaftsordnung aus dem römischen Rechte zu interpretiren, ein Umstand, der unsere Behauptung sehr bekräftigt, daß dieses Gesetz selbst eine Annäherung des geltenden Rechtes an das römische möglichst anstrebte. So führt er die professio artium et scientiae, ut Medicinae, Philosophiae, Rhetoricae, Grammaticae als Entschuldigungsgrund an; so bemerkt er, daß drei, beziehungsweise Eine, Vormundschaft von den weiteren Vormundschaften nur dann befreien, si tutela non sit affectata; so behut er die Excusation der Kriegsleute auf die milites coelestes aus, um den Priestern einen Excusationsgrund zu gewähren. Beckmann a. a. O. behandelt in seinem alphabetisch geordneten Werke die in Rede stehende Frage unter zwei Schlagworten: zuerst auf S. 176 unter dem Schlagworte „Gerhab- oder Vormundschaft", dann auf S. 516 unter dem Schlagworte „Tutela"; sonderbarerweise führt er nur in der ersten Stelle die Excusationsgründe im Wesentlichen übereinstimmend mit der Gerhabschaftsordnung auf, während er in der zweiten Stelle mehrere Excusationsgründe ausläßt. Reutter ad Tab. II, 18, 19, stellt nur die Abweichungen des Landtsbrauchs vom römischen Rechte bei einzelnen Excusationsgründen dar. Bannitza endlich spricht sich über die einzelnen Excusationsgründe gar nicht aus, und bei diesem Schriftsteller ist dies die Folge seines gegen das römische Recht feindlichen Principes. Bannitza will die ganze Frage der Tutorenbestellung und der Tutorenenthebung in die alleinige Macht der Obrigkeit gestellt wissen, so daß er ein Recht des Vormundes auf eine bestimmte Vormundschaft gar nicht zugibt, vielmehr der Obrigkeit das Recht vindicirt, einen selbst giltig bestellten Tutor ohneweiters zu entlassen, wenn sich ein tauglicherer findet. So schreibt Bannitza auf S. 111: Tutela generaliter finitur, quotiescumque Principi aut Magistratui, utpote supremis tutoribus justa adesse causa videbitur, quod ex nullo sane alio fonte quam ex suprema Tutela, quae in Germania Principibus, omnibusque Magistratibus competit, fluere nemo non animadvertet. In gleicher Weise spricht sich Bannitza auf S. 53 und 55 dahin aus, daß den Magistraten das Recht zustehe, vertragsmäßige, gesetzliche und testamentarische Vormünder zu übergehen oder sogar nach ihrem Ermessen abzusetzen und durch tauglichere Vormünder zu ersetzen. (Vergl. übrigens Johann Udalrich Donner a. a. O., Bd. I, S. 13 u. ff.)

[38]) Rudorff a. a. O., II. Bd., S. 184.

gen der österreichischen Rechtsquellen bis zum Erscheinen der Gerhabschaftsordnung allein nicht geschlossen werden; allein die stark hervortretende Officialpflicht des Magistrates, für die Bestellung tauglicher Vormünder zu sorgen, macht es von Vorneherein schon beinahe undenkbar, daß ein langathmiger Civilproceß über die Excusation geführt werden konnte; zudem bezog sich seit der allgemein angeordneten Dativ-Tutel und der Confirmation der testamentarischen und gesetzlichen Vormünder die Excusation gar nicht mehr recht eigentlich auf Denjenigen, der den Vormund vorgeschlagen hatte, sondern auf die gerichtliche Verfügung selbst, so daß eine amtliche Erhebung und Untersuchung des Entschuldigungsgrundes das Natürlichste und Angemessenste war.

In der That verfügte denn auch die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669[39]), daß, „wenn nun jemand nach empfangener Gerhabschafts-Verordnung (so ihme ex officio von der Obrigkeit zugeschickt werden solle) eine auß vorstehenden oder gleichmäßig erhäblichen Entschuldigungen einzubringen vermeint, er, im Falle er anwesend, inner der nächsten 14 Tagen, der entlegene aber inner Monatsfrist auff einmahl einreichen solle, widrigenfalls er alles, was dem Pupillen nach solcher Zeit zu Schaden gereicht, zu verantworten hätte".

Diese Gesetzesstelle zeigt übrigens auch klar, daß das Excusationsrecht nur rücksichtlich des Vormundes durch den Ablauf der vierzehntägigen oder einmonatlichen Frist erlosch, daß dagegen natürlich die Vormundschaftsbehörde in den Fällen der excusationes necessariae an diese Fristen in keiner Weise gebunden war.

Verwandt mit der Excusation und derselben in gewissem Sinne entgegengesetzt ist die potioris nominatio; ebenso kann es andererseits vorkommen, daß ein gesetzlich näher Berufener von dem Gerichte übergangen wurde und nunmehr die Vormundschaft selbst in Anspruch nimmt.

Wenn nun ein entfernter Berufener einen Näheren vorschlug, oder wenn umgekehrt ein übergangener Näherstehender die Vormundschaft verlangte, welche einem Anderen übertragen wurde, dann trat allerdings auch noch nach den österreichischen

---

[39]) Gerhabschaftsordnung, VI. Titel, §. 3. Weingärtler S. 43 citirt nacheinander die Bestimmungen des römischen Rechtes und der Gerhabschaftsordnung ohne irgendwelche Bemerkungen daran zu knüpfen. Reutter a. a. O. abweichend. Bossius a. a. O. bezieht auf S. 291 nur mehr die Vorschrift des letztgenannten Gesetzes; Donner a. a. O. S. 12 ebenso. Keiner der genannten Schriftsteller hat indessen einen Zweifel, daß nur mehr eine Officialverhandlung und nicht ein eigentlicher Proceß stattfinden könne.

Gesetzen des 16., 17. und 18. Jahrhunderts die Möglichkeit eines Streites über die Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft, beziehungsweise über das Recht auf dieselbe, hervor; und es muß auch nach sämmtlichen österreichischen Gesetzen dieser Zeit der Fall eines solchen Conflictes entgegengesetzter Interessen als sehr wohl möglich zugegeben werden.

Immerhin ist es aber auffallend, daß weder die Polizeiordnung des Jahres 1552 noch die Gerhabschaftsordnung irgendwelche Hindeutung auf die potioris nominatio enthielten, und daß in den letzteren Gesetzen speciell nur das Recht der Mutter und des Bruders hervorgehoben wurde, eine Vormundschaft vor Allen in Anspruch zu nehmen, beziehungsweise die Abtretung der von Anderen geführten Vormundschaft zu verlangen[40]).

Es erklärt sich das Schweigen der Quellen über diesen Punkt aber nicht etwa daraus, als ob die drei Delationsgründe der Vormundschaft nicht etwa ein näheres Recht oder eine nähere Pflicht zur Vormundschaft begründet hätten, sondern einfach aus dem Umstande, daß die Officialthätigkeit des Vormundschaftsrichters, welcher das entscheidende Wort bei der Confirmation zu sprechen hatte, den Streit über näheres Recht und nähere Pflicht zur Vormundschaft wesentlich vereinfachte und processuale Formen dieses Conflictes entgegengesetzter Ansprüche nicht aufkommen ließ.

Dagegen ist es wohl sehr merkwürdig und wichtig, hervorzuheben, daß der Streit über die Obergerhabschaft zwischen mehreren Vormundschaftsbehörden in Form eines förmlichen Rechtsstreites geführt werde, und sowohl der Codex austriacus als auch Suttinger führen eine Reihe solcher Jurisdictionsstreitigkeiten meist aus dem 17. Jahrhunderte an, in welchen das Recht zur Abhandlung der Verlassenschaft und zur Vergerhabung der Kinder Object des Streites war[41]).

Es erklärt sich aber freilich dieser Kampf um das Recht zur Vergerhabung der Kinder daraus, daß manchen Vormundschaftsbehörden ein subsidiarisches Erbrecht an dem Vermögen der Kinder zugestanden hat, und für ein solches Recht der Stadt Wien, sowie für das gleiche Recht der Grund- und Vogtherren sind wir in der Lage, auf Quellenzeugnisse zu verweisen[42]).

---

[40]) Gerhabschaftsordnung von 1669, III. Titel, §. 2: „Ist der Kinder leibliche Mutter noch am Leben, so gebührt ihr, wenn sie die Vergerhabung begehrt — dem alten Herkommen nach — die Obergerhabschaft", und XVI. Titel, §. 7: „Wenn einer oder mehrere Pupillen ihre Vogtbahrn Jahre erreichen, also, daß sie ihnen, und ihren übrigen noch unbevogten Geschwistigten wohl und nützlich vorstehen können, so mögen die vorigen Gerhaben entlassen und der oder die Brüder als nächste Befreundte zu Gerhaben ihrer noch minderjährigen Geschwistigten verordnet werden."

[41]) Cod. austr. I, S. 608—635; Suttinger a. a. O., S. 694 u. ff.

[42]) Suttinger schreibt unter dem Schlagworte „Obrigkeitliche Ab-

Das Josefinische Gesetzbuch hat die Grundsätze über Ausschließung und Excusation der Vormünder neu geregelt und den Streit um das nähere Recht, beziehungsweise um die nähere Pflicht zur Vormundschaft, ebenfalls einer Umgestaltung unterworfen.

Was die Ausschließungsgründe betrifft, so bezeichnet das Josefinische Gesetzbuch alle Weibspersonen (mit Ausnahme der Mutter, Großmutter und Urgroßmutter) als zur Vormundschaft untauglich; ferner alle jene Personen, welche wegen natürlicher Leibs- oder Gemüthsgebrechen, Krankheiten oder unreifen Alters ihren eigenen Geschäften nicht vorstehen können[43]); in Ansehung der relativen Ausschließungsgründe begnügt sich dagegen dieses Gesetz, allgemein jene Personen als unfähig zum vormund-

---

miniſtration der Pupillen" auf S. 632: „Es ist Landts-Gebrauch, auch denen Rechten gemäß: daß der Pupillen Gebührnuß bei Handen der Grund- und Vogt-Obrigkeit verbleibe, und daß nicht allein darum, damit die Kinder ihre Gebührnuß zu ihrer Vogtbarkeit mit Sicherheit erlangen, sondern auch der Vogtherr, da sich mit denen Kindern vor ihrer Vogtbarkeit ein Todesfall zutrüge, er dem Erbrecht nach bei der Verlassung seiner Nothdurft ersuchen möge." Motiv einer Sentenz vom 8. December 1571; — weiter auf S. 891 unter dem Schlagworte „Der Stadt Wien Erbrecht betreffend": „Es ist wissentlichen Land- und hierbefreyten Stadt-Brauchs, daß die von Wien, was unter ihrer Jurisdiction auf ungevogte Kinder fällt, sie allein zu vergerhaben und ins künfftige zu verantworten schuldig, bei welchem Stadtbrauch und ihren Freyheiten sie billig zu handhaben. Und das um so viel mehr, daß, wo hierin denen von Wien Eingriff beschehe, daß solches gegen andern einen sehr hoch präjudicirlichen und nachtheiligen Eingang machet. Ueberdies auch die von Wien auf das Erb-Recht in specie befreyet, und bei diesem 1000 fl. so viel interessirt, da die Kinder ungevogt stürben, und keiner Seits Freund, so erben könnten, verliessen, daß ihnen solch Geld als Erb-loß heimfiele, deßwegen sie aus der Ursachen befugt sein, der Haupt Gut vor ihr der Kinder Vogtbarkeit aus ihrer Jurisdiction nicht zu lassen." Abschied vom 14. April 1576.

Wenn nun freilich in dem letzten Abschied auf die Constitutio Albertina vom Lichtmeßtag 1382 (Codex austr. II, S. 473) stillschweigend verwiesen ist, so läßt sich vielleicht denn doch nicht in Abrede stellen, daß in Ansehung der unvogtbaren Kinder die Obervormundschaft als Rechtstitel des Erbrechtes angesehen wurde. Deutlich erhellt der behauptete Zusammenhang zwischen dem Kampfe um das nähere Recht zur Obergerhabschaft und dem subsidiären Erbrechte der Obervormundschaft aus Beckmann, der unter dem Worte „urbes", S. 548 u. ff., sagt: „Pollet Magistratus civicus von Grätz la authoritate, daß sie seynd aller Vatter und Mutter-loſen unmündigen Bürger Kinder Ober Gerhaben, für welche sie gebührende Vorsorge ratione publici officii tragen müssen, damit sie mit guten Gerhaben versehen werden, die dann alle Jahr für ihnen ihre richtige Rechnung, wegen der Gerhabschafft ablegen müssen, ad conservanda pupillorum bona et fraudes tutorum tempestive præcavendas; pro illo oneroso officio hat Burgermeister und Rath hier in der Steyrischen Haubtstat Grätz das commodum hiegegen durch das privilegirte Stadt-Erb-Recht, daß wenn die ungevogten Kinder ohne Blutsfreunde sterben, so fällt ihnen der verstorbenen pupillu Erb-Gut als Erb-laß heim; eben dieses privilegium hat auch ein löblicher Stadt-Rath der hochberühmten Kayserl. Residenzstadt Wienn.

[43]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 27.

schaftlichen Amte zu bezeichnen, bei denen die Gefahr einer übeln oder dem Stande der Waisen nicht angemessenen Erziehung vorhanden ist oder der Verdacht einer übeln Verwaltung besteht[44]).

Speciell werden als einzelne Ausschließungsgründe mehrere Punkte aufgeführt, welche einer genauen Präcisirung bedurften; so wurde insbesondere zunächst des Rechtes des Vaters gedacht, bestimmte Personen im letzten Willen von der Vormundschaft auszuschließen, eine Bestimmung, welche noch die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 nicht enthalten hatte[45]).

Die Privilegien bestimmter Stände wurden im Josefinischen Gesetzbuche eingeschränkt; nur den wirklichen Kriegsleuten und sämmtlichen Staatsbeamten sollte von den Gerichten keine Vormundschaft aufgetragen werden; nur diesen Personen stand, um ihres Berufes Willen, das Recht zu, eine testamentarische oder gesetzliche Berufung zur Vormundschaft abzulehnen; dagegen hatte das früher bestandene Privilegium der Bürgermeister, Stadt- und Marktrichter im Josefinischen Gesetzbuche aufgehört[46]).

Im bewußten Gegensatze zum römischen Rechte sollte künftighin Niemand mehr wegen wichtiger Ansprüche und Schuldforderungen an Waisen von der Vormundschaft ausgeschlossen werden noch sich damit entschuldigen können; nur war der Betreffende schuldig, die Beschaffenheit der Sache dem Gerichte getreulich anzuzeigen, widrigens ihm die erhaltene Vormundschaft wieder abgenommen wurde."

Dagegen würde allerdings ein streitiger Anspruch des Vormundes an den Mündel und des Mündels an den Vormund als Ausschließungsgrund bezeichnet, welcher natürlicherweise erst mit der Beendigung des Streites aufhörte[47]).

Die eigentlichen Entschuldigungsgründe (excusationes voluntariae) wurden ebenso wie die Ausschließungsgründe im Gesetzbuche nur beispielsweise aufgezählt, indem zwei allgemeine Grundsätze den einzelnen Detailbestimmungen vorausgesendet wurden.

Vorerst wurde nämlich als Entschuldigung überhaupt bezeichnet, wenn Jemand aus der Vormundschaft wahrscheinliche Gefahr der Nachtheil zu befürchten hat; sodann wurde besonders hervorgehoben, daß alle Ursachen, wegen welcher die Vormundschaft nicht aufgetragen werden soll, als Entschuldigungsursachen zur Ablehnung angeführt werden können, wenn die Vormundschaft Jemanden dennoch aufgetragen worden war[48]).

---

[44]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 29.
[45]) Ebenda, §. 29.
[46]) Ebenda, §. 28.
[47]) Ebenda, §. 30.
[48]) Ebenda, §. 31.

Beispielsweise wurden noch folgende Entschuldigungsgründe aufgezählt:

1. Das erreichte Alter von 60 Jahren [49]).

2. Eine nothwendige, entweder wirkliche oder erst bevorstehende Abwesenheit, welche jedoch nur für die Zeit, als sie dauert, entschuldigt [50]).

3. Der Vater, welcher fünf unversorgte Kinder oder unter seiner Obsorge stehende Enkel hat, ist ebenfalls entschuldigt, und ist in diesem Punkte das Recht der Gerhabschaftsordnung verändert und präcisirt worden [51]).

4. Eine Jemandem schon aufgetragene, aber weitläufige und beschwerliche Vormundschaft entschuldigt von der zweiten; auch können von minder wichtigen Vormundschaften mehr als drei Niemandem wider Willen aufgetragen werden.

Neu ist dem Josefinischen Gesetzbuche auch der Grundsatz, daß die Ursachen, welche a suscipienda tutela entschuldigen, auch zur Niederlegung der bereits übernommenen Vormundschaft hinreichen [52]).

Was das Verfahren betrifft, so ist zwischen den Ausschließungsgründen und den Excusationsursachen zu unterscheiden.

Als oberster Grundsatz wird hingestellt, daß einem bekanntermaßen Untauglichen die Vormundschaft gar nicht aufgetragen werden soll [53]). Da weder ein letztwillig benannter noch ein wegen der Verwandtschaft berufener Vormund durch die Berufung selbst die wirkliche Vormundschaft erhält, sondern da Jeder erst die gerichtliche Bestätigung nachsuchen muß [54]), so schließt sich hieran die weitere Bestimmung, daß einem bekanntermaßen untauglichen, wenngleich durch das Testament oder durch die Verwandtschaft Berufenen, die Vormundschaft ebenfalls nicht aufgetragen, sondern der Auftrag an einem Anderen erlassen und in diesem Auftrage wegen des Ersten blos im Allgemeinen sich auf erhebliche Ursachen bezogen werden soll; erst wenn der Ausgeschlossene darüber Beschwerde führt, sei ihm die Ursache seiner Ausschließung durch ordentlichen Bescheid bekanntzumachen [55]), welcher Bescheid dann durch die gewöhnlichen Rechtsmittel angefochten werden könne.

Rücksichtlich des Excusationsprocesses kommt vor Allem zu erinnern, daß jedem Vormunde, ohne Unterschied, wenn er gleich einer fremden Gerichtsbarkeit unterworfen wäre, der Auftrag un-

[49]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 32.
[50]) Ebenda, §. 32.
[51]) Ebenda, §. 33.
[52]) Ebenda, §. 34.
[53]) Ebenda, §. 35.
[54]) Ebenda, §. 20.
[55]) Ebenda, §. 35.

mittelbar von der Vormundschaftsbehörde gemacht und ihm darin zur Antretung der Vormundschaft eine vierzehntägige, oder wenn diese Zeit wegen der Entfernung zu kurz wäre, eine verhältnißmäßige Frist, doch ohne alle Erstreckung, bestimmt werden solle [56]).

Eben binnen dieser vierzehntägigen oder weiteren Frist hat nun der Vormund entweder die Vormundschaft anzutreten oder seine Entschuldigungsursache, und hätte er deren mehrere, alle zugleich bei der Vormundschaftsbehörde anzubringen; ist aber der Vormund einer anderen Gerichtsbarkeit unterworfen, so ist es genug, wenn er bei der Vormundschaftsbehörde blos die Erklärung, daß er sich entschuldigen wolle, die Entschuldigungsursache selber aber binnen eben der Frist bei der eigenen Behörde anbringt, welches Gericht dann auch über deren Zulänglichkeit zu erkennen hat [57]).

Klar ist es, daß die Erhebungen über Bestandund die Zulässigkeit der Entschuldigungsursachen im amtlichen Wege und durchaus nicht in der Form eines Rechtsstreites erfolgt.

Außer diesen Bestimmungen über die Form der Ausschließung, beziehungsweise Entschuldigung der Vormünder, enthält das Josefinische Gesetzbuch andere Bestimmungen über den Streit, welcher zwischen zwei Personen in der doppelten Richtung möglich ist, indem entweder ein Vormund die einem anderen Vormunde übertragene Vormundschaft als sein Recht in Anspruch nimmt oder umgekehrt seine Verbindlichkeit dadurch abzuwälzen trachtet, daß er eine andere Person namhaft macht, welche in näherer Art zu dieser Vormundschaft berufen ist.

Die Bestellung des Gerichtes soll in erster Linie, namentlich in Ansehung der gesetzlichen Vormundschaft, ein bloßes Provisorium begründen; wenn kein Testament vorhanden ist, oder im Testamente ein Vormund nicht bestellt ist, hat nämlich das Gericht nicht länger als vierzehn Tage auf die Anmeldung zur Vormundschaft zu warten; nach dem Verlaufe dieser Frist hat das Gericht jenen Verwandten zu wählen, der unter den Anmeldenden oder unter den dem Gerichte bekannten Verwandten der nächste ist [58]).

Ist nun die Vormundschaft einem Fremden aufgetragen, so steht jedem Verwandten, — ist der Auftrag an einen entfernten Verwandten erfolgt, so steht jedem näheren Verwandten das Recht zu, sich um die Vormundschaft zu melden; diese Anmeldung hat aber innerhalb Eines Jahres zu geschehen, und ist jedenfalls das Gericht nicht verpflichtet, sie später zu berücksichtigen; nur wenn ein rechtmäßiges Hinderniß gezeigt wird, wegen dessen die Anmeldung

---

[56]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 36.
[57]) Ebenda, §. 37.
[58]) Ebenda, §. 5.

früher nicht möglich war, wird dieselbe auch nach Ablauf Eines Jahres angenommen [59]).

Umgekehrt ist aber das Gericht an diese Frist nicht gebunden, und dasselbe kann wann immer später einem näheren Verwandten, beziehungsweise einem Verwandten überhaupt die Vormundschaft auftragen und den bisherigen Vormund entlassen [60]). Der Streit um das nähere Recht zur Vormundschaft wird aber ebenfalls nicht im gewöhnlichen Proceßwege geführt, sondern vielmehr der Sachverhalt ämtlich erhoben und entschieden.

Dreht sich umgekehrt der Streit um die Abwälzung der Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft, so kommt nach dem Josefinischen Gesetzbuche zu bemerken, daß ein Verwandter, dem die Vormundschaft aufgetragen wird, sich aus der Ursache, daß er nicht der nächste sei, der Vormundschaft nicht entziehen kann, er wäre denn im Stande, auf der Stelle einen näheren anzuzeigen [61]); dagegen ist der Vormund immer befugt, nachdem er einmal die Vormundschaft übernommen hat, seine Entlassung zu begehren, wann immer ein näherer Anverwandter gefunden wird [62]).

Nur während des Jahrganges soll der Vormund zur Abtretung der Vormundschaft nicht verhalten werden; wenn jedoch beide Vormünder damit zufrieden sind, oder wenn noch nichts in Vormundschaftsgeschäften gehandelt worden ist, oder wenn das Wohl der Waisen die Abtretung ohne Aufschub fordert, so ist es der Behörde überlassen, auch unter dem Jahre zu einer Abänderung zu schreiten [63]).

Das Josefinische Gesetzbuch hat durch diese Bestimmungen die Macht des richterlichen Ermessens wesentlich erhöht; der Streit über das nähere Recht, beziehungsweise über die nähere Pflicht zur Vormundschaftsübernahme hat nun ausdrücklich den Charakter eines Privatrechtsstreites verloren und die Officialthätigkeit des Richters ist es, welche die erforderlichen Erhebungen veranstaltet und schließlich zur Entscheidung schreitet.

Hervorzuheben ist nur noch, daß auch nach dem Josefinischen Gesetzbuche der Bruder das Recht hat, nach erreichter Großjährigkeit die Vormundschaft über seine minderjährigen Geschwister zu begehren, so daß der inzwischen bestellte Vormund entlassen werden soll.

---

[59]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 6.
[60]) Ebenda, §. 7.
[61]) Ebenda, §. 9.
[62]) Ebenda, §. 7.
[63]) Ebenda, §. 8.

3. Obrigkeitliche Confirmation der Vormünder.

Schon an mehreren Stellen sahen wir uns genöthigt, jene Quellenzeugnisse aus dem österreichischen Rechte anzuziehen, welche von der obrigkeitlichen Bestätigung der Vormünder handeln.

Nunmehr obliegt es uns, diesen Gegenstand im Zusammenhange darzustellen und die früher theilweise und zerstreut angeführten Belegstellen auf Einen Punkt zusammenzutragen.

Wenn auch die ersten Spuren einer obrigkeitlichen Bestellung von Vormündern in Oesterreich weit über das 16. Jahrhundert zurückreichen, so hat sich dennoch die Lehre, daß jeder Vormund, er sei durch Testament, Rechtssatz oder durch den Richter berufen, der obrigkeitlichen Confirmation bedürfe, auch in Niederösterreich nur an die Reichstagsbeschlüsse der Jahre 1548 und 1577 über die Reform guter Polizei angeschlossen.

Die entscheidende Stelle der eben bezogenen Reichsgesetze, „daß ein jeglicher Vormünder, er sei gleich Testamentsweiß verordnet oder durch das Recht der Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung seye ihme denn zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen" — bildete in ganz Deutschland den Grund zur Entwickelung der Lehre von der sogenannten „Confirmatio juris germanici", und sowohl diese reichsgesetzliche Regel, wie auch der in den Reichsgesetzen hiefür angegebene Grund, „damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheilt bleiben", kehrt wiederholt in den österreichischen Rechtsquellen wieder, welche den bezogenen Reichsgesetzen nachgefolgt sind und dieselben zum Vorbilde genommen haben.

Die durch die genannten Reichsgesetze eingeführte Confirmation unterschied sich eben durch den zuletzt hervorgehobenen Zweck von der Confirmation des römischen Rechtes [1]), welche dazu dienen sollte, die Mängel, welche bei der testamentarischen Ernennung der Vormünder stattgefunden hatten, zu heilen; folgerichtig mußte nach den deutschrechtlichen Bestimmungen jedesmal eine Untersuchung der Person des Vormundes und seiner Umstände vorausgehen, während die Confirmation des römischen Rechtes, wenn die Vormundsbestellung vom Vater ausgegangen war, die Tauglichkeit des Vormundes nicht noch besonders untersuchte; es gehörte folgerichtig nach dem römischen Rechte die Confirmation noch zur Bestellung des Vormundes, während der deutschrechtlichen Confirmation die Bestellung des Vormundes vorausgegangen sein mußte.

Fand die Obrigkeit bei der Untersuchung, welche der Con-

[1]) Rudorff a. a. O., I. Bd., S. 312—334.

firmation vorausgehen und welche der Vormund stets nachsuchen mußte, daß die ernannte Person untauglich sei, so durfte und mußte sie die untaugliche Person übergehen und eine andere Person an deren Stelle zur Vormundschaft berufen, während sie freilich andererseits ohne gehörigen Grund ihre Bestätigung nicht verweigern durfte.

Besonders muß noch hervorgehoben werden, daß alle Handlungen, welche der Vormund vor der erfolgten Bestätigung vornahm, regelmäßig nichtig und nach einzelnen deutschen Statuten auch noch mit Strafe bedroht waren, sowie daß die Bestätigung sich nicht blos auf die testamentarisch ernannten oder durch Rechtssatz berufenen, sondern — nach dem klaren Wortlaute der Reichspolizeiordnungen — auch auf jene Vormünder bezog, welche bereits vom Richter bestellt worden waren, wiewohl rücksichtlich der Letzteren Bestellung oder Bestätigung meistens der Zeit nach nicht von einander getrennt sein konnten, sondern in eine Handlung zusammenfielen.

Wenn wir uns nach diesem Blicke auf das gemeine Recht [2]), an die Quellen unseres Heimatlandes wenden, so tritt uns vor Allem die Polizeiverordnung des Jahres 1552 entgegen, welche — 4 Jahre nach dem Reichsgesetze des Jahres 1548 erschienen — das letztere sichtlich zum Muster und Vorbilde genommen hatte.

Als obersten Zweck bezeichnet auch dieses Gesetz, „daß die Pupillen und Minderjärigen Kinder unvernachtailt bleiben“ [3]); ferner wird, in offenbarem Anschlusse an die Reichsgesetze, bestimmt, „daß sich nun hinfüro khain Gerhab, Er sey gleich Testaments oder Freundschafftweiß, oder durch unsere nachgesetzte Obrikhait verordnet, der Gerhabschafft underziehe, die Verwaltung sey Ime denn zuvor durch dieselb Obrigkhait zuerkhent und bevohlen“ [4]).

Nichtsdestoweniger scheinen denn doch die Lehren des römischen Rechtes in Niederösterreich bereits damals so feste Wurzel gefaßt zu haben, daß die Bestätigung testamentarischer Vormünder nichts viel mehr als eine Formalität sein sollte, indem die Polizeiordnung bestimmte, daß, wenn Eltern in ihren Testamenten oder letzten Willen den Pupillen Vormünder oder Gerhaben benannten, es bei solcher der Eltern Verordnung bleiben solle — und sohin die Tauglichkeit testamentarisch ernannter Vormünder nicht der gleich strengen Prüfung unterworfen, wie dies bei den durch Rechtssatz und Gericht berufenen Vormündern befohlen wurde.

---

[2]) Kraut a. a. O., I. Bd., S. 234 u. ff.
[3]) Reform guter Polizei vom Jahre 1552, Fol. XIX.
[4]) Ebenda, Fol. XXv.

Die Confirmation scheint im Uebrigen nach dem Erscheinen des Gesetzes des Jahres 1552 in der Praxis nicht dem geringsten Zweifel begegnet zu haben, mindestens konnten wir in sämmtlichen von Suttinger angeführten Entscheidungen nichts entdecken, was auf das Gegentheil schließen lassen könnte [5]).

Die Gesetze über der „Pupillen Vergerhabung und Versorgung" vom 2. August 1631 (repetirt am 10. November 1684) und vom 28. August 1664 steigerten das Recht der Vormundschaftsbehörde, selbst testamentarische Vormünder auszuschließen, recht wesentlich, um namentlich den Abfall der Pupillen vom wahren Glauben zu verhindern, und konnten zu der in der österreichischen Literatur vertretenen Anschauung hinleiten, daß jede Vormundschaft in richterlicher Bestellung wurzle [6]).

Eingehend wurde die Confirmation der Vormünder in der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 geregelt, es gibt sich aber auch in diesem Punkte das Streben dieses Gesetzes kund, die Bestimmungen des römischen Rechtes möglichst seinem Systeme anzupassen.

Vor Allem ist die allgemeine Verfügung hervorzuheben, „daß sich Niemand eine Gerhabschafft anzumassen habe, ehe und zuvor ihme von der Obrigkeit ein Gerhabbrieff oder andere Verordnung zukommen" [7]) — allein davon, daß der Gerhab selbst um die Bestätigung nachsuchen müsse, ist in dem Gesetze keine Spur mehr zu finden, so daß rücksichtlich der vom Richter bestellten Vormünder die Bestellung oder Bestätigung in Einem Acte zusammenfielen.

Besondere Bestimmungen über die Confirmation finden sich namentlich und in offenbarem Anschlusse an das römische Recht rücksichtlich der testamentarischen Vormünder. Ebenso wie das römische Recht angeordnet hatte, daß, wenn der rechtmäßige Vater oder väterliche Ascendent den Vormund ernannt hatte, derselbe in jedem Falle aus Respect gegen die väterliche Anordnung ohne Untersuchung der Person und seiner Umstände zu bestätigen sei, — ebenso bestimmte die Gerhabschaftsordnung, daß es bei den vom Vater, Ahnherrn und Urahnherrn benannten Gerhaben „in alleweg sein Verbleiben haben solle, sie hätten denn dawider erhebliche Entschuldigungen einzuwenden, oder man befände unwidersprechlichen Verdacht und Gefahr der Kinder, in welchem Fall die Sachen zur Erläuterung und Erkenntnuß der Obrigkeit oder des Gerichts gestellt sein sollen" [8]), — während „die von der Mutter und Anfrau

[5]) Reform guter Polizei vom Jahre 1552, Fol. XIX.
[6]) Codex austr. II, S. 187 u. 188; Suttinger a. a. O., S. 628.
[7]) Gerhabschaftsordnung, X. Titel, §. 1.
[8]) §. 5, l. 6, Dig. de confirmando tutore vel curatore XXVI, 3; Gerhabschaftsordnung, II. Titel, §. 1; Kraut a. a. O., I. Bd., S. 237.

ernannten Gerhaben nur auf vorhergehende Erkundigung bestättet“ [9]), und „die nächsten Befreundten, nur wenn sie anderst tauglich erfunden wurden“, zur Vormundschaft berufen werden sollen.[10]).

Der Rechtszustand, wie ihn die Gerhabschaftsordnung in diesem Punkte geschaffen hatte, blieb im Ganzen bis zum Josefinischen Gesetzbuche wesentlich unverändert; freilich trat aber in mehrfachen im Codex austriacus abgedruckten Verordnungen die Vorstellung von einer ziemlich arbiträren Macht der Vormundschaft bei Bestellung der Vormünder stark in den Vordergrund.

So verfügte die „Stadt Wien Pupillen Rait-Cammer-Reformation“ vom 29. April 1715, „daß nach Absterben der Eltern den hinterlassenen Pupillen, wenn auch schon eines von den überlebenden Eltern, dem die Vormundschafft seiner Kinder ex lege gebührt, vorhanden ist, nichtsdestoweniger Mitgerhaben verordnet werden sollen, es wäre denn Sache, daß die Verstorbene in die überlebende Con-Person ein sonderliches Vertrauen disfalls gesetzet und der Stadt-Rath dawider keine absonderliche Bedenklichkeit hätte“ [11]), und es zeigte diese Verfügung ganz klar, wie sehr man geneigt war, der gerichtlichen Bestellung, rücksichtlich der richterlichen Confirmation des Vormundes die überwiegendste Bedeutung einzuräumen; so enthielten ferner die „Instruction für die bei dem Land-Marschallischen Gericht in Waisen-Sachen verwendeten Rechnungs-Herrn und Rechnungs-Aufnehmer vom 24. April 1725“ [12]) und die „Landmarschallische Gerhabschaftsordnung vom 3. April 1727“ [13]) deutliche Spuren von der stets gesteigerten Officialthätigkeit des vormundschaftlichen Gerichtes, welche es begreiflich erscheinen lassen, daß die gerichtliche Praxis und die Doctrin den Rechtsgrund des vormundschaftlichen Amtes immer mehr und mehr aus der richterlichen Bestellung ableiteten und — wie wir bereits früher hervorgehoben haben — Testament und Rechtsvorschrift nur als mehr oder minder entscheidende Bestimmungsgründe für die richterliche Vormundschaftsbestellung bezeichneten.

Gehen wir auf die österreichische Literatur dieser Frage über, so verdient es Beachtung, daß Weingärtler, der noch im 17. Jahrhunderte schrieb, der Confirmation im neuen Sinne nur in Ansehung der gesetzlichen Vormünder erwähnt; denn in Ansehung der testamentarischen Tutoren hält er sich im Wesentlichen ganz an die Lehren des römischen Rechtes und folgerichtig auch an die in demselben normirte Confirmation nicht giltiger letztwilliger

[9]) Gerhabschaftsordnung, II. Titel, §. 2.
[10]) Ebenda, III. Titel, §. 1.
[11]) Codex austr., I. Suppl. Bd., S. 787.
[12]) Ebenda, II. Suppl. Bd., S. 372.
[13]) Ebenda, S. 427.

Ernennung, und rücksichtlich der gerichtlich bestellten Vormünder, von welchen er unter dem Titel „de Atiliano tutore et eo qui ex lege Julia et Titia dabatur" handelt, fiel ihm nach der bestehenden Praxis Bestellung und Confirmation zusammen [14]).

Dagegen schreibt schon Vossius[15]): „Omnis tutela a magistratu defertur, quia ante delationem se tutelae immiscere prohibitum est", — indem er offenbar die Bestellung mit der Confirmation verwechselte. Ebenso beruht es auf dem gleichen Mißverständnisse, wenn Vossius [16]) weiter schreibt: „Confirmantur omnes tutores, quin etiam pater: quia tutela omnis decreto magistratus defertur: cum inquisitione autem, qui a matre, avia aut extraneo dati sunt." Vossius hat an dieser Stelle die Gerhabschaftsordnung so aufgefaßt, als ob blos bei der testamentarischen Vormundschaft — wenn sie nicht vom Vater angeordnet wurde — eine Untersuchung der Confirmation vorangehen müßte.

Den richtigen Standpunkt nimmt in dieser Frage Bannizа ein, welcher [17]) die Confirmation sämmtlicher Vormünder — auch der richterlich bestellten — durch den klaren Hinweis auf den Wortlaut der Gerhabschaftsordnung begründet, dagegen ausdrücklich den Irrthum widerlegt, als seien deshalb alle Vormünder als Dativ-Tutoren anzusehen [18]), wogegen Johann Udalrich Donner abermals schon die discretionäre Gewalt der Vormundschaftsbehörde so stark betont, daß die Bedeutung selbstständiger Delationsgründe beinahe ganz verschwindet [19]).

Zu der von Vossius und Donner vertretenen Ansicht — welche, nach Kraut's Citaten, auch in Deutschland bedeutende Anhänger zählte [20]) — mochte in Niederösterreich auch wieder der Umstand viel beigetragen haben, daß das Recht der Unterthanen den größten Einfluß auf die spätere Rechtsentwickelung ausgeübt hatte, und daß eben bei den Unterthanen, nach dem Zeugnisse Grenek's [21]), der Einfluß der Obrigkeit auf die Bestellung der Vormünder der nahezu allein maßgebende war, so zwar, daß dieser Schriftsteller, als er im Verlaufe der Darstellung der Verlassenschaftsabhandlung auf die Vormundschaft zu sprechen kömmt, der verschiedenen Delationsgründe gar nicht mehr gedenkt, sondern lediglich die obrigkeitliche Verfügung als Grund der Vormundschaftsbestellung bezeichnet.

[14]) Weingärtler a. a. O., S. 20, 21–24.
[15]) Vossius a. a. O., S. 278.
[16]) Ebenda, S. 279.
[17]) Bannizа a. a. O., S. 62.
[18]) Ebenda, S. 71.
[19]) Donner a. a. O., S. 9.
[20]) Kraut a. a. O. I, S. 237.
[21]) Grenek a. a. O., S. 265.

Das Josefinische Gesetzbuch hat ebenfalls die Confirmation, aber nur mehr für die testamentarisch benannten und wegen der Verwandtschaft berufenen Vormünder aufrechterhalten [22]), während rücksichtlich der obrigkeitlich bestellten Vormünder die Confirmation schon in dem Acte der Bestellung enthalten ist [23]).

Die Confirmation der testamentarisch oder gesetzlich berufenen Vormünder geschieht nach dem Josefinischen Gesetze nicht von Amtswegen, sondern muß von diesen Vormündern nachgesucht werden; über die der Confirmation vorausgehende Untersuchung ist übrigens im Josefinischen Gesetzbuche nichts enthalten, so daß Alles dem richterlichen Ermessen anheimgestellt war [24]).

4. Recht und Verpflichtung, Vormünder vorzuschlagen (petitio voluntaria et necessaria).

In innigem Zusammenhange mit der durch die Reichsgesetze eingeführten subsidiären Bestellung von Vormündern für alle auf andere Art nicht begehrte Pupillen und mit der gleichfalls allgemein eingeführten Confirmation sämmtlicher Vormünder stand die erweiterte Vorsorge des Staates, nunmehr auch sämmtliche Fälle nothwendiger Vormundschaftsbestellung zu erkunden.

Dieses Streben hat in Oesterreich am Beginne unserer Periode zu einer weit ausgedehnten Anzeigepflicht geführt, während an deren Ende die Entwickelung des Institutes der Verlassenschaftsabhandlung zur Folge gehabt hat, daß eine besondere Anzeige bestimmter Personen regelmäßig nicht mehr nothwendig war, damit die Vormundschaftsbehörde von dem Bedürfnisse der Bestellung eines Vormundes Nachricht erhalte, so daß die petitio necessaria zuerst aus der Gerichtspraxis und schließlich dann auch aus den Gesetzen entfallen konnte und auch entfiel.

Gehen wir in dieser Materie — wie dies nothwendig ist — auf das römische Recht zurück, so werden wir sehen, daß nach demselben die Ertheilung von Tutoren und Curatoren regelmäßig eine postulatio vorausgesetzte, welche in den Fällen, wo der Pflegebefohlene eines eigenen Willens und Handelns fähig war — wie bei Frauen und bei puberes minores viginti quinque annis — regelmäßig von diesem selbst ausgehen mußte, so daß Anfangs nur indirecte ein Zwang auf den Pflegebefohlenen geübt werden konnte, um ihn zu der für dritte Personen nothwendigen Erbittung von Vormündern zu vermögen.

War dagegen der Pflegling selbst nicht im Stande, sich

---

[22]) Josefinisches Gesetzbuch, §. 20.
[23]) Ebenda, §. 22.
[24]) Ebenda, §. 20.

einen Vormund zu erbitten, so wurde die Erbittung als eine causa popularis angesehen, so daß Jeder aus dem Volke wie bei allen publicis oder popularis judiciis hiezu berechtigt war[1]).

Außer diesen Grundsätzen über die sogenannte petitio voluntaria waren nach dem römischen Rechte verschiedene Personen verpflichtet, Vormünder für Pflegebefohlene zu erbitten, und zwar traf diese Verpflichtung die Tutoren der mündig gewordenen Curanden und deren Erben, Freigelassene des Vaters des Pflegebefohlenen und — was uns hier am meisten interessirt — die Verwandten desselben.

War es schon in früheren Zeiten des römischen Rechtes anerkannt, daß Cognaten des Pfleglings inofficios — unverwandtschaftlich — handeln, wenn sie ihm keinen Vormund erbitten, so wurde durch eine epistola des Septimius Severus die Mutter zu dieser petitio unter dem angedrohten Rechtsnachtheile verpflichtet, daß sie im entgegenstehenden Falle nicht das Recht haben solle, die Intestaterbschaft ihrer Söhne sich zu vindiciren, und Theodosius und Valentinian haben in Fortbildung dieses Grundsatzes alle zur Succession eines Pupillen berufenen Personen, wenn sie ihm keinen Tutor erbeten haben, aller Successionsrechte verlustig erklärt, wenn der Pupille in der Unmündigkeit stirbt, welche Strafe Justinian in seinen Institutionen für die Mutter nochmals ausgesprochen hat[2]).

Die Regel, daß für mündige Minderjährige ein Vormund erst erbeten werden müsse und ohne diese Bitte nicht bestellt werde, ist in Deutschland seit dem Reichstagsbeschlusse des Jahres 1548 gewiß nimmermehr zur Geltung gekommen, da nach demselben den Minderjährigen jederzeit bis zu ihren vogtbaren Jahren Vormünder bestellt werden sollten, damit sie unbetrogen und unvernachtheilt bleiben — allein nichtsdestoweniger sind die Strafen auf Unterlassung der petitio necessaria auch in Deutschland recipirt worden[3]), wiewohl dieselben durch den Einfluß der Doctrin und Praxis und durch die neue Gesetzgebung in Deutschland entweder wieder abgeschafft oder in gelindere verwandelt wurden[4]).

Particularrechtlich wurde indessen in Deutschland die Pflicht zur Erbittung von Vormündern außer der Mutter, den Verwandten und Ehegatten, auch noch anderen Personen, dem Richter des Ortes, Geistlichen, Dorfgerichten, Zunftältesten, Nachbarn, Hausgenossen, Handlungsgesellschaftern und anderen Mitbürgern,

[1]) Rudorff a. a. O., I. Bd., S. 206.
[2]) Ebenda, S. 418.
[3]) Kraut a. a. O., I. Bd., S. 278 u. ff., bes. S. 279.
[4]) Rudorff a. a. O., I. Bd., S. 435.

welche mit dem Vater des Unmündigen in näherer Verbindung gestanden hatten, auferlegt[5]).

Nach dieser kurzen Darstellung des römischen Rechtes und seiner Reception in Deutschland[6]) obliegt es uns, an die Rechtsquellen unseres Heimatlandes zu gehen und zu sehen, inwieferne die Lehre des römischen Rechtes recipirt wurde und sich erhalten konnte.

Es ist in dieser Beziehung abermals die Polizeiordnung des Jahres 1552 hervorzuheben, welche die Lehre von der petitio necessaria des römischen Rechtes recipirt hat und welche deutlich zeigt, daß die auf Unterlassung der petitio im römischen Rechte gesetzten Strafen bestätigt wurden, ungeachtet gleichzeitig den Gerichten die Verbindlichkeit auferlegt wurde, von Amtswegen für die Bestellung tauglicher Vormünder Sorge zu tragen.

Die hiehergehörige Stelle aus der bezogenen Polizeiordnung lautet:

„Es sollen auch in allen Gerhabschafften und Curatoreyen, die Müetter, sonderlich wann sy sich mit anderer Ehe beheyraten, und ain jeglicher negster Freundt verpunden sein, den vnmündigen und verthunnlichen personen in jars Frist, Gerhaben, oder Curatores bei der Obrikheit oder Gericht, und den Raithandlern zu begern, alles bei verlierung khünfftiger Erbschafft. Ob sich auch zuetrug, das ainer seiner Syne beraubt, und mit schädlicher unsinnigkhait beladen wurde, soll es hie negst obbeschriebener massen mit desselben person und Guettern gehalten und gehandelt werden[7])."

Die petitio necessaria findet sich auch bei Suttinger in mehreren Entscheidungen wieder, sowie in Walther's tractatus aureus, dessen Werk in vielen Punkten von dem maßgebendsten Einflusse auf die spätere Gesetzgebung und namentlich auf den Gerichtsgebrauch geblieben ist.

So bezieht Suttinger unter dem Schlagworte „Inventarii Beneficium" eine Entscheidung vom 18. Mai 1526, welche ausspricht, daß, „wenn eine Wittib nach Absterben ihres Manns kein Inventarium aufrichtet, und denen Kindern keinen sterhaben begehrt, sie alle Schulden bezahlen müsse"[8]), und Walher schreibt im Tractatus III, Cap. XV, über denselben Gegenand Folgend"es: „Es begibt sich zu mehrmals, daß die ungevogten

[5]) Kraut a. a. O., I Bd., S. 280; Rudorff a. a. O., I. Bd., S. 435.

[6]) Diese ganze Materie ist bei Rudorff a. a. O., I. Bd., S. 406 bis 437, und bei Kraut, I. Bd., S. 278—284, behandelt.

[7]) Polizeiordnung vom Jahre 1552, Fol. XXIIv.

[8]) Suttinger a. a. O., S. 359.

Kinder, sonderlich, wenn sie im Land nicht befreundt seyn, langsam vergerhabt werden, mittlerweil bleiben die Mütter in ihren Gütern unabgefertiget, nutzen, würken und gebrauchen dieselbe Innhalt ihrer Vermächt, die ihnen die Nutzung bis zu ihrer Abfertigung gegeben. Welches ihnen aber dermassen nicht gestattet sein soll, sondern die Wittib ist schuldig, den Herrn Landmarschall zeitlich anzulangen, denen Kindern Gerhaben zu verordnen, und bei denenselben darob zu seyn, damit sie abgefertiget werde, denn wo sie solches nicht thäte, und also versaumen soll, die Abfertigung an ihr selbst erwundt, so ist sie schuldig, sich mit den Kindern biß zu ihrer Vogtbarkeit, oder wann sie mit Gerhaben versehen werden, um die Abnutzung, so viel deren mittler Zeit eingenommen, zu vergleichen" [9]).

Wenn auch Suttinger und Walther auf die unterlassene petitio andere Folgen als die des römischen Rechtes setzen, so ist es denn doch keinem Zweifel unterworfen, daß das Recht der Polizeiordnung des Jahres 1552 sich ungeändert erhielt, da ja auch die Landesordnung Niederösterreichs vom Jahre 1573 im III. Buche, 129. Titel, ausdrücklich die genannte Polizeiordnung als das in Vormundschaftssachen maßgebende Gesetz bezeichnete [10]), ohne in dieser Beziehung einer Abänderung zu gedenken.

Die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669, deren wesentlichstes Streben es gewesen ist, die Bestimmungen des römischen Rechtes nach Möglichkeit mit Gesetzeskraft auszustatten, hat abermals die petitio necessaria und die auf die Unterlassung im römischen Rechte gesetzten Strafen wiederholt, ungeachtet bereits früher schon ein Gerichtsgebrauch sich befestigt hatte, welcher die petitio in den meisten Fällen entbehrlich machte und — nach dem Zeugnisse der Schriftsteller — die auf die Unterlassung der petitio necessaria gesetzten Strafen nach und nach außer Uebung setzte.

Die entscheidende Stelle der Gerhabschaftsordnung lautet folgendermaßen [11]):

„Damit ein jedwedere Obrigkeit die Pupillen allsobalden erfahren, und gebührende Anstellung derentwegen machen könne, ist eine jede Leibliche- oder Stieff-Mutter, wie auch die nechsten Befreundten, die Waisen anzuzeigen und denenselben Gerhaben, wofern ihnen durch Testament oder anderen Letzten Willen keine

[9]) Walther a. a. O., Tractatus III: „Wie es mit Abfertigung der Wittfrauen bey denen von Adel und Herrn-Stand, nach Brauch des Ertz-Herzogthums Oesterreich, gehalten wird." Cap. XV (Suttinger, S. 971), welches Capitel die Ueberschrift trägt: „Die Wittib ist schuldig, den Kindern nach Absterbung ihres Hauswirths, Gerhaben zu begehren, im Fall die Freund oder Obrigkeit darinn säumig wären."

[10]) „Landttaffel und Landtordnung des Ertz-Herzogthums Oesterreich unter der Enns von 1573", Fol. 321v.

[11]) Gerhabschaftsordnung, IV. Titel, §. 4.

verordnet worden, von Zeit ihrer Wissenschafft alsobalden zu begern schuldig. Da aber selbe, und zwar die Anwesenden längst sechs Wochen, die ausser Landes entlegenen aber drey Monath, solches anstehen ließen, sollen sie, da solche Nachlässigkeit der Obrigkeit kundbar wurde, von derselben, nach Befund der Sachen und Umbständen, willkührlich gestrafft werden: und wann es die anwesenden Befreundten nach verflossenen sechs Wochen, noch drey Monath, die außer Lands Abwesenden aber noch sechs andere Monath darüber anstehen ließen, und keine rechtmässige Entschuldigung deßwegen erweißlich fürzubringen hätten: so sollen sie dardurch den künfftigen Anfall der Pupillen Erbschafft wie auch dasjenige, was ihnen etwa von solcher Pupillen Vatter, Mutter oder anderen Eltern auffsteigender Linie verschafft worden, verlohren haben."

Eine Pflicht zur Anzeige wurde ferner auch in der Gerhabschaftsordnung, XIII. Titel, §. 1, den Mitgerhaben oder den Erben eines Gerhaben auferlegt, wenn Letzterer gestorben war.

Es scheint, wie bereits hervorgehoben wurde, diese Bestimmung mehr der Anhänglichkeit an das römische Recht, als dem Bedürfnisse der Praxis entsprungen zu sein, da ein anderes Institut sich gleichzeitig schon entwickelt hatte — die Verlassenschaftsabhandlung mit allgemein eintretender Jurisdictionssperre, welche Amtshandlung den besten Anlaß bot, sogleich von Amtswegen die Nothwendigkeit einer Vormundschaftsbestellung zu erheben.

Nach Suttinger[12]) war zu Anfang des Jahres 1655 das Waisenbuch bei der Regierung in Wien errichtet und schon den 22. Februar beschlossen worden, daß man von allen Gerhaben, so viel man deren erfahren kann, Bericht abfordere, wie viel Pupillen vorhanden, in welchem Alter und welcher Condition sich Jedweder befinde, wo sie erzogen werden ꝛc.; aus dem folgenden Jahre 1656 erwähnt Suttinger etlicher Fragestücke in Waisensachen, und unter diesen den Antrag, „daß es gut wäre, wenn die Sperr-Commissarien in ihrer Relation vermeldeten, ob und was für Pupillen vorhanden wären", und dieser Antrag wurde auch gebilligt und am 29. Mai 1656 dessen Vollzug der „Kantzlei" per decretum, aufgetragen[13]); am 10. Juli 1656 wurde ein Plenarbeschluß der Regierung gefaßt, „daß die Sperr-Commissarien jederzeit bei der Sperr um die Pupillen, ob deren vorhanden, und was es mit ihnen für eine Beschaffenheit habe, fragen, wie auch die Testamente, wofern deren vorhanden, abfordern und der Regierung einhändigen sollen"[14]), und am 26. Juli 1656 wurde

[12]) Suttinger, S. 865.
[13]) Ebenda, S. 869.
[14]) Ebenda, S. 771.

noch deutlicher anbefohlen, „daß bei Vornehmung der Sperre, die Sperr-Commissarien allezeit das Testament, zum Falle eines vorhanden, abfordern, sich auch erkundigen, ob und wie viel Pupillen hinterlassen wurden, wie alt sie seynd und wie sie mit Nahmen heissen“ [15]).

Diese Beschlüsse der niederösterreichischen Regierung führten dazu, daß die Sperrrelation, ebenso wie heutzutage die Todfallsaufnahme, die regelmäßige Veranlassung zur Vormundschaftsbestellung wurde, und daraus erklärt es sich nun, daß die auf die Unterlassung der petitio necessaria gesetzten Strafen außer Uebung kamen, weil regelmäßig schon durch die gesteigerte Officialthätigkeit der Gerichte bei der Verlassenschaftsabhandlung der gleiche Zweck einfacher und sicherer erreicht wurde.

Aus diesem Grunde kann es uns auch nicht mehr wundern, daß weder die obbezogene „Stadt Wien Pupillen Rait Cammer-Reformation vom 29. April 1715“, noch die „landmarschallische Gerhabschaftsordnung vom 3. April 1727“ der petitio necessaria mehr erwähnen, obwohl gerade das erstbezogene Gesetz sich mit der allgemeinen Vergerhabung der Pupillen sehr eingehend beschäftigte.

Auch die Literatur über diese Frage läßt uns den Verfall der petitio necessaria erkennen.

Zwar schrieb noch Weingärtler [16]) (1674), daß nothwendigerweise die Mutter für ihre Kinder und ebenso alle zur Intestaterbschaft der Pupillen Berufenen, sowie die ihnen pupillarisch substituirten Personen, denen Pupillen einen Vormund begehren müssen, und auch Vossius [17]) bezog die von uns oben erwähnten Stellen der Gerhabschaftsordnung und bezeugte, daß gesetzlich die Strafen auf Unterlassung dieser Pflicht noch aufrecht bestanden; allein nach Vossius' Zeugnisse hatte schon damals die Anzeigepflicht der Verwandten nahezu alle Bedeutung verloren, „denn da die Leichen nicht ohne Todtenbeschau begraben werden dürfen, so wurden zweimal in der Woche Todtenlisten angefertigt, welche an die competenten Magistrate versandt wurden; diese sendeten die Sperrcommissäre ab, welche in der Sperrrelation über das Vorhandensein von Waisen berichteten und von den in Waisensachen verordneten Räthen wurden sodann die Vormünder von Amtswegen bestellt“.

Grenek [18]) behandelte im Anschlusse an diese Gerichtsübung die Vormundschaftsbestellung nur mehr als einen besonderen Theil der Verlassenschaftsabhandlung und erwähnte nicht einmal mehr

[15]) Suttinger, S. 866.
[16]) Weingärtler a. a. O., S. 24.
[17]) Vossius a. a. O., S. 281.
[18]) Grenek a. a. O., S. 264.

einer besonderen Anzeigepflicht der Mutter oder Intestaterben, da es ihm besonders am Lande, wo sich die Nachlaßsperre zu seiner Zeit noch ganz strenge erhalten hatte, ganz undenkbar vorkommen mußte, daß bei diesem Anlasse nicht sämmtliche Waisen erhoben werden konnten.

Johann Udalrich Donner endlich, der sein von uns angezogenes Werk im Jahre 1777, mithin auch noch zu einer Zeit, da die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 galt, schrieb, sagt ausdrücklich [19]), daß es nicht mehr nothwendig sei, daß die Mutter einen Gerhaben erbitte — wie dies in der Gerhabschaftsordnung vorgeschrieben sei —, da auf dem Lande jede Obrigkeit ihre Unterthanen kenne, und wenn jemand Unbekannter stürbe, es bei der Regierung, oder falls er ein Militär wäre, daselbst angezeigt werden müsse, und da andererseits in Wien alle Verstorbenen vor dem Begräbnisse beschaut und die Beschauzettel an alle Gerichtsstellen überbracht werden müssen, welche aus denselben ganz leicht ersehen können, ob eine ihrem Gerichtsbezirke untergeordnete Person darin befindlich sei.

Nach dieser durch den Gerichtsgebrauch erfolgten stillschweigenden Aufhebung der petitio necessaria ist es sehr begreiflich, daß das Josefinische Gesetzbuch [20]) den Gerichten auftrug, „bei Anlegung der Sperre über alle Umstände der Verstorbenen, die in Ansehen der hinterlassenen Kinder oder der von ihnen geführten Vormundschaften eine Vorsehung fordern, genaue Nachricht einzuziehen, und daß der Mutter, den Großeltern und anderen Verwandten zwar unter eigener Haftung aufgetragen werde, den Todfall des Vaters, besonders wenn er außer der Gerichtsbarkeit der Behörde gestorben ist, sogleich als er denselben bekannt wird, dem Gerichte anzuzeigen, daß aber eine Pflicht, einen Vormund für die Waisen zu begehren, diesen Personen weder auferlegt noch an die Unterlassung der Anzeige der Verlust des Intestaterbrechtes geknüpft wurde".

Das Verblassen und Verschwinden der petitio necessaria stand gezeigtermaßen in dem entschiedensten Zusammenhange mit der Entwickelung des Institutes der Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich; dieselbe gesteigerte Officialthätigkeit, welche den Nachlaß des Verstorbenen durch einen ausgebildeten Gerichtsgebrauch der Vertheilung durch das Gericht unterwarf, wendete sich im 18. Jahrhunderte auch dem Vormundschaftswesen zu, und wenn es als erwiesen gelten kann, daß die Verlassenschafts-

---

[19]) Donner a. a. O., S. 12.
[20]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 21.

abhandlung sich in Niederösterreich in ihrer vollen Strenge zunächst bei den Nachlässen der Unterthanen herausgebildet und erst von diesen aus sich auf sämmtliche Einwohner dieses Landes ausgedehnt hatte[21]), so kann man sich auch nicht mehr wundern, daß die Grundsätze über die Vormundschaftsbestellung, welche bei den Grundobrigkeiten allgemein verbreitet waren, ob des innigen Zusammenhanges zwischen Abhandlungspflege und Vormundschaftswesen auch eine Ausbreitung erfuhren und in den späteren allgemeinen Gerichtsgebrauch, sowie zum Theile in die Gesetzgebung, übergingen.

Auf diese Weise erklärt sich auch historisch der jedem österreichischen Juristen bekannte Zusammenhang der genannten beiden Rechtsinstitute, der Vormundschaft nämlich und der Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich, und es wird auch einleuchten, daß eine Revision des geltenden Rechtes in Ansehung des einen Institutes nicht wohl möglich ist, ohne auch an eine Reform des zweiten heranzutreten.

5. Bestellung mehrerer Vormünder.

Das vormundschaftliche Amt kann von einem oder mehreren Vormündern gleichzeitig versehen werden; im letzteren Falle spricht man von Mitgerhaben, contutores, concuratores, welche untereinander wieder in verschiedenen Verhältnissen stehen können; einen besonderen Fall der Mitgerhabschaft bildet jene, welche neben der überlebenden Mutter jederzeit, nach deutschem Rechte vielfach aber auch neben dem überlebenden Vater angeordnet wurde.

Außerdem finden sich vielfach außerordentliche Vormünder, sei es wegen Behinderung des bestellten Vormundes, sei es für einzelne Vermögensmassen und Güter des Pupillen, sei es für einzelne Handlungen und Geschäfte.

Nach den angedeuteten Gesichtspunkten wollen wir nun die Frage im Einzelnen besprechen.

a) Berufung, beziehungsweise Bestellung mehrerer ordentlicher Vormünder.

Bei dem großen Einflusse, welchen das römische Recht auf die Ausbildung des österreichischen Vormundschaftswesens ausgeübt hat und bei dem sichtlichen Streben des Gesetzes vom 18. Februar 1669, seine Bestimmungen möglichst dem Systeme des römischen Rechtes anzupassen, erscheint es vollkommen angemessen, die Frage an die Spitze zu stellen, inwieweit schon nach dem

[21]) Chorinsky, Notariat und Verlassenschaftsabhandlung. Wien 1877, S. 35 u. ff.

römischen Rechte mehrere Personen gleichmäßig zur Verwaltung des vormundschaftlichen Amtes herangezogen werden konnten, und an diese Frage die zweite zu reihen, inwieweit die einschlägigen Bestimmungen des römischen Rechtes Eingang in Deutschland gefunden haben.

Nach römischem Rechte gewährten sämmtliche Delationsgründe der Vormundschaft die Möglichkeit, daß für einen Mündel mehrere Vormünder bestellt wurden. In Ansehung testamentarischer Vormünder erklärt sich dies insbesondere aus dem Rechte des Erblassers, über das Recht der Vormundschaft und über die Ausübung desselben willkürlich zu verfügen; diesem Grundsatze entsprechend, konnte der Erblasser nicht blos die Tutel der Familie gänzlich entziehen und dieselbe fremden Personen übertragen, sondern er durfte auch mehrere Vormünder ernennen, die Administration unter denselben nach Regionen oder nach Geschäftszweigen theilen, die Ausübung der Vormundschaft einem Tutor gänzlich entziehen, so daß diesem blos Name und Ehre eines Tutors (tutor honorarius), aber keine activen Functionen zustanden; es konnte der Testator Personen ernennen, deren Rath auch die Vormünder einholen sollten, und zwar durften diese Personen sowohl Mitvormünder (tutores notitiae causa dati) als auch Fremde sein und es konnte der Testator endlich auch die Art und Weise der Verwaltung der Vormundschaft durch einen oder mehrere Vormünder noch näher bestimmen [1]).

Zur gesetzlichen Vormundschaft konnten ebenfalls mehrere Personen zugleich berufen sein, und zwar sowohl zur agnatischen als zur cognatischen Vormundschaft; da nämlich bei der Delation nur die Gradesnähe den Vorzug gewährte, wurden mehrere gleich nahe Agnaten, rücksichtlich Cognaten, Contutoren und Concuratoren, und erst Justinian bestimmte für diesen Fall, daß, wenn mehrere im selben Grade mit dem Mündel verwandte Personen vorhanden sind, sie beim Judex zusammenkommen sollten, welcher aus ihrer Mitte einen oder mehrere „Gerentes", so viel deren erforderlich sind, erwählte, worauf dann die anderen in das Verhältniß bloßer Ehrenvormünder traten [2]).

Endlich konnte auch die Vormundschaftsbehörde mehrere Tutoren und Curatoren für einen Pflegling verordnen, da sie ja selbst ein weit ausgedehnteres Bestellungsrecht als der Testator hatte [3]).

Im Gegensatze zum römischen Rechte kannte das deutsche Recht ursprünglich nur die Berufung, beziehungsweise Bestellung

---

[1]) Rudorff a. a. O., I. Bd., S. 286.
[2]) Ebenda, S. 210 und 244.
[3]) Ebenda, S. 376.

eines Vormundes für einen Pflegling; dies galt namentlich rücksichtlich der sogenannten „rechten Vormundschaft", der sogenannten „gebornen Vormünder"; waren nämlich zwei gleich nahe Schwertmagen, beziehungsweise Cognaten, vorhanden, so entschied rücksichtlich der Vormundschaft das höhere Alter, und ebenso war es bei den anderen Arten der Vormundschaft Regel, daß stets nur Ein Vormund berufen wurde[4]).

Aus späteren Zeiten, aus dem 14. und 15. Jahrhunderte, führt jedoch Kraut mehrere Quellenzeugnisse an, daß selbst zwei und vier Verwandte gleichzeitig zur Vormundschaft berufen wurden, und namentlich interessirt uns der diesfalls bezogene Beschluß des Rathes und der Bürger Bremens aus dem Jahre 1416, wonach jedes Kind zwei Vormünder, einen von der väterlichen und den anderen von der mütterlichen Seite, haben sollte.

In gleicher Weise bringt Kraut Quellenzeugnisse aus dem 13. und 14. Jahrhunderte bei, denen zufolge sowohl vom Vater als auch vom Gerichte mehrere Vormünder für dieselben Mündel bestellt werden konnten.

In Oesterreich unter der Enns scheint im 16. Jahrhunderte die gleichzeitige Bestellung mehrerer Vormünder ein weit verbreiteter Gebrauch gewesen zu sein, welchem die Gesetzgebung — und wie wir sehen werden, keineswegs mit durchgreifendem Erfolge — zu steuern versuchte.

So schrieb schon die oftbezogene Polizeiordnung des Jahres 1552:

„Nachdem wir auch erinnert werden, das ye zu zeiten den Pupillen mehr, als ain Gerhab verordnet werden, und wir aber bei uns genedigclich bedenckhen, Wo vil Gerhaben sein, das nuer merer verhinderung und zerrütlichait darauß erfolgt, und der Pupillen notturfft, auß ursachen das ainer one den andern nichts handeln wellen, nicht dermassen, wie es sich gepürt, gehandlt, und verricht wirdet, So wellen wir, das die vile der Gerhaben abgestellt, unnd zu ainer Gerhabschafft allein ain Gerhab, oder wo beweglich ursachen vorhanden, auf das maist zwen fürgenomen und verordnet werden" [5]).

Es schloß sich diese Stelle des genannten Gesetzes unmittelbar an die Bestimmungen über die gesetzliche Vormundschaft an und es kann wohl keinem Zweifel unterworfen sein, daß die testamentarische Ernennung mehrerer Gerhaben dadurch

---

[4]) Kraut a. a. O., I. Bd., S. 224.

[5]) Polizeiordnung des Jahres 1552, Fol. XIXv. Vergl. Landtafel für Oesterreich ob der Enns, III. Bd., 43. Tit., S. 565, welche höchstens 3 Gerhaben zu bestellen gestattete.

keineswegs eingeschränkt werden wollte, da ja vielmehr der Schlußsatz dieses Gesetzesabschnittes dem Testator das allgemeine Recht einräumte, „in seinem Testament oder letzten willen seiner Khinder und verlassenschaft halben, sondere Ordnung zu machen ... bei der es dann auch bleiben solle", — und unter diesem weitgezogenen Kreise der Befugnisse sicher das Recht, testamentarisch mehrere Vormünder zu berufen, begriffen sein mußte [6]).

Allein auch in Ansehung der gesetzlichen und Dativ-Tutel scheint die Verfügung der Polizeiordnung nicht durchgegriffen zu haben; wenigstens überliefert uns Suttinger eine Reihe von Entscheidungen, welche das Vorhandensein mehrerer Vormünder bestätigen.

So wurde in einem Processe zwischen denen „Wolffrageriſchen (Wolf-Wagner'schen) Gerhaben und Matthäus Lasser" am 26. Juli 1601 entschieden, daß, wenn einem Pupillen die executio testamenti aufgetragen wird, dessen Gerhaben die Execution über sich nehmen müssen [7]); so wurde ferner mit Urtheil vom 1. September 1637 in einem Processe gegen die Erben zweier Gerhaben ausgesprochen, „daß der Gerhab, welcher nicht administrirt, für seine Mitgerhaben zu stehen und den Pupillen Rechnung zu thun schuldig ist" [8]); so entschied endlich die Regierung am 27. Juni 1656, „daß, wenn zween oder mehre Gerhaben sind, einer allein die Lehen der Pupillen nicht empfangen kann, er habe denn von seinen Mitgerhaben eine absonderliche Gewalt dazu" [9]), — und es zeigen sowohl diese als viele andere bei Suttinger angeführte Entscheidungen, welche gegen mehrere Mitgerhaben gefällt wurden, daß der Gebrauch, einem Pupillen mehrere Gerhaben zu bestellen, ein sehr verbreiteter gewesen sein mußte.

Ja als nach der im Jahre 1655 erfolgten Aufrichtung des Waisenbuches bei der niederösterreichischen Regierung mehrfache Fragestücke in Waisensachen der Regierung zur Beantwortung vorgelegt wurden, zeigte es sich ganz deutlich, daß der Gebrauch, mehrere Gerhaben zu bestellen, noch mehr überhandgenommen hatte.

So wurde in einem dieser Fragestücke gefragt, „ob neben der Mutter ein Gerhab genug seye", und die Antwort lautete; „Einer ist genug, wenn aber die Mutter ad secunda vota schreitet, müßte noch einer sein"; — in einem zweiten Fragestücke wurde um Erläuterung gebeten: „ob, wenn ein Gerhab stürbe, der überlebende allein Gerhab verbleiben solle" — und diese Frage wurde verneint und aufgetragen, „daß ein anderer Gerhab

[6]) Polizeiordnung des Jahres 1552, Fol. XXIIIv.
[7]) Suttinger a. a. O., S. 815.
[8]) Ebenda, S. 277.
[9]) Ebenda, S. 279.

ex officio verordnet oder von den Befreundten vorgeschlagen werden soll"; — endlich wurde rücksichtlich mehrerer Lutherischer Pupillen ausdrücklich betont, „daß, wenn man nicht zwei Catholische Gerhaben haben könne, man doch mindestens Einen Catholischen Gerhaben bestellen und diesem die Education der Person anvertrauen, und dem Unkatholischen nur die Administration des Gutes belassen solle" [10]).

Konnte sich demnach die Polizeiordnung des Jahres 1552 in dieser Frage dem hergebrachten „Landtsbrauch" gegenüber keine durchgreifende Geltung verschaffen, so kann es uns nicht mehr wundern, daß die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 keineswegs mehr so energisch wie das Gesetz des Jahres 1552 die Bestellung eines einzigen Gerhaben zur Regel erhoben wissen wollte; rücksichtlich der testamentarischen Vormundschaft wurde dem Vater ausdrücklich das Recht eingeräumt, seinen Kindern „Gerhaben" zu benennen [11]); die Gerhabschaft der nächsten Befreundten ging von selbst auf der Minderjährigen nächste Befreundte im Geblüte über, und die Gerhabschaftsordnung enthielt nicht nur keine Bestimmung darüber, daß unter mehreren gleich nahen Befreundten das höhere Alter oder die richterliche Wahl entscheide, sondern es läßt sich eben aus diesem Gesetze mit Bestimmtheit schließen, daß mehrere gleich nahe Verwandte gemeinschaftlich zur Vormundschaft berufen wurden [12]); die richterliche Anordnung konnte schließlich „einen, zween oder mehr Gerhaben" bestimmen, je nachdem das Vermögen des Pupillen beschaffen oder weit von einander entlegen sei, und nur soweit wurde der richterlichen Befugniß, mehrere Gerhaben zu setzen, eine Beschränkung auferlegt, „daß die Obrigkeit dahin gedacht sein solle, daß sie deren so wenig als möglich verordne" [13]), eine gesetzliche Bestimmung, welche schließlich sich denn doch nur an das Arbitrium des Richters wendete.

---

[10]) Suttinger a. a. O, S. 868—870.

[11]) Gerhabschaftsordnung, II. Titel, §. 1.

[12]) Ebenda, §. 2: Der Beweis unserer Behauptung, daß mehrere gleich nahe Verwandte gleichzeitig zur Vormundschaft ex lege berufen wurden, liegt zunächst im §. 1 des dritten Titels, welcher ganz allgemein verordnet, daß des Minderjährigen nächste Befreundete im Geblüte in der Ordnung des Erbrechtes die Vormundschaft zu übernehmen schuldig sind, ohne daß in dem Gesetze eine Erläuterung enthalten wäre, welcher Umstand zwischen mehreren gleich nahen Verwandten den Ausschlag gebe. Noch deutlicher erhellt aber unsere Behauptung aus dem §. 7 des 16. Titels, in welchem ausdrücklich gesagt wird, „daß, wenn ein oder mehrere Pupillen ihre Vogtbahren Jahre erreichen, also daß sie ihnen und ihren übrigen noch unbevogten Geschwistrigten wohl und nützlich vorstehen können, die vorigen Gerhaben entlassen und der oder die Brüder als nechste Befreundte zu Gerhaben ihrer noch minderjährigen Geschwistrigten verordnet werden mögen".

[13]) Gerhabschaftsordnung von 1669, IV. Titel, §. 3.

In der That begegnen wir auch einigen der Gerhabschaftsordnung folgenden Gesetzen und Verordnungen, welche im Codex austriacus abgedruckt sind, und im Gerichtsgebrauche mehrfachen Bestimmungen, welche von der Voraussetzung ausgehen, daß regelmäßig einem Pupillen mehrere Gerhaben beigegeben wurden.

So sprach schon die Reformation der „Stadt Wien Pupillen Rait-Kammer vom 29. April 1715“ [14]) allgemein von einer Mehrzahl von Gerhaben, und es tritt diese Thatsache um so klarer hervor, als selbst den überlebenden Eltern, Vater oder Mutter, regelmäßig und ganz besondere Fälle abgerechnet, stets ein Mitgerhab beigegeben werden sollte; und Grenek, welcher das Vormundschaftswesen bei den Grundobrigkeiten darstellt, hebt es ganz besonders hervor, daß in jedem Falle, wo beide Eltern der Pupillen verstorben sind, zwei Gerhaben gleichzeitig verordnet werden müssen [15]).

Im entschiedenen Gegensatze zu dem überlieferten Rechte stand in dieser Beziehung das Josefinische Gesetzbuch, welches regelmäßig nur Einen Vormund bestellt wissen wollte.

Der Erblasser konnte zwar auch nach diesem Gesetze in seinem Testamente nicht nur den Kindern für ihre Person einen Vormund, sondern auch für ihr Vermögen eine andere Person als Curator ernennen [16]); auch enthielt das Josefinische Gesetz die ausdrückliche Bestimmung, daß der Testator die Vormundschaft unter Mehrere vertheilen könne [17]); dagegen sollte die gesetzliche und Dativ-Vormundschaft regelmäßig nur mehr auf Einen Vormund fallen und dem Gerichte, die Vormundschaft unter Mehrere zu vertheilen, nur unter der einzigen Voraussetzung gestattet sein, wenn es die Zerstreuung oder Weitläufigkeit des Waisenvermögens oder die Beschaffenheit der vorfallenden Geschäfte erforderte.

Aus dieser Beschränkung sowohl wie aus der ferneren Anordnung des Gesetzes, daß bei mehreren Vormündern für den eigentlichen Derjenige zu halten sei, dem die Personen der Waisen anvertraut worden; ferner daß die Uebrigen nur als Curatoren des Vermögens oder als Gehilfen anzusehen seien [18]), wird man mit

---

[14]) Codex austr. I. Suppl. Bd., S. 787.

[15]) Grenek a. a. O., S. 265, welcher auch anführt, daß neben der überlebenden Mutter jederzeit ein Gerhab mit den gewöhnlichen Befugnissen, und auch neben dem überlebenden Vater, wenn auch mit beschränkten Befugnissen, verordnet werden solle.

[16]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 1.

[17]) Ebenda, §. 76.

[18]) Ebenda.

Recht schließen müssen, daß das Josefinische Gesetzbuch im Wesentlichen bestrebt war, das Amt des Vormundes einem einzigen Manne aufzutragen, und daß mehrere beigeordnete Vormünder fast nur in Absicht auf bestimmte Vermögensmassen oder mit Rücksicht auf bestimmte Geschäfte verordnet werden durften.

So war es denn abermals das Josefinische Gesetzbuch, welches dem überlieferten Landesbrauche, der der Berufung mehrerer Personen zur Vormundschaft so sehr günstig gewesen war, entgegentrat, und man wird demnach den heutigen Zustand, welcher fast ausnahmslos nur mehr die Amtsführung durch Einen Vormund kennt, und in welchem die gleichzeitige Berufung mehrerer Vormünder zu den äußersten Seltenheiten zählt, auf das Josefinische Gesetzbuch, als die diesfalls älteste Rechtsquelle, zurückführen müssen.

b) Berufung von Mitgerhaben neben dem Vater, der Mutter und Großmutter.

So sehr die Literatur des österreichischen Rechtes nach der Reception des römischen Rechtes bestrebt gewesen ist, die römische Terminologie auf sämmtliche heimische Rechtsverhältnisse anzuwenden; so sehr in Rechtsbüchern und in der Literatur, und namentlich in der letzteren, von der väterlichen Gewalt in einer Weise gesprochen wurde, welche das Mißverständniß einleiten könnte, als sei die privatrechtliche Abhängigkeit des filius familias des römischen Rechtes in Oesterreich recipirt worden — so entschieden muß es dennoch dieser romanisirenden Sprachweise gegenüber aufrechterhalten werden, daß die österreichischen Gesetze das Verhältniß des Vaters zu seinen Kindern wesentlich nach dem überlieferten deutschen Rechte aufgefaßt haben, daß bei den bedeutendsten Schriftstellern, Vossius und Banniza, die väterliche Gewalt ausdrücklich als Mundium bezeichnet, daß vielfach jenes Vermögen, welches den Pupillen von der früher verstorbenen Mutter angefallen ist, ganz besonders hervorgehoben und in dieser Beziehung von einer Vormundschaft des Vaters in sensu stricto, von einer eigentlichen väterlichen Vormundschaft, gesprochen wird.

Den deutlichsten Beleg dieser Anschauung gewährt der Umstand, daß dem Vater nach dem Rechte des 17. und theilweise noch des 18. Jahrhunderts vielfach ein Mitvormund beigegeben wurde.

Zwar die Polizeiordnung des Jahres 1552 enthielt über die Beiordnung von Mitgerhaben für den Vater noch nichts, welch' Letzterer, „wo sich zuetragt, daß unvogtparen Kindern Müeterliche oder andere aigene Guetter erblichen anfallen, auch ohne erkhentnuß der Obrigkeit Gerhab ist“ [1]). Allein schon in der

[1]) Polizeiordnung, Fol. XXIIv.

Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 wurde es der Erkenntniß der Obrigkeit vorbehalten, ob dem überlebenden Vater Mitgerhaben zuzuordnen seien, und vollends wenn der Vater zur zweiten Ehe schritt, sollte die Obrigkeit in Erwägung ziehen, ob ihm aus den mütterlichen Befreundten ein Mitgerhab zu adjungiren sei [2]).

Diese Rechtsanschauung erhielt sich auch im 18. Jahrhunderte durchgehends; die „Stadt Pupillen Rait Cammer Reformation vom 29. April 1715" verordnete schon ganz allgemein, daß, wenn auch ein Elterntheil vorhanden sei, dem die Vormundschaft seiner Kinder ex lege gebühre, nichtsdestoweniger Mitgerhaben verordnet werden sollen, es sei denn, daß der verstorbene Ehegatte in den Ueberlebenden ein ganz besonderes Vertrauen gesetzt, und daß die Obrigkeit dawider nichts einzuwenden hätte, und Grenek bezeichnete es als feststehenden Gebrauch am Lande bei der Bevormundung unterthäniger Waisen, daß dem Vater jederzeit ein Mitgerhab beigegeben werde [3]).

Mit dem Systeme des Josefinischen Gesetzbuches [4]) war ein Mitgerhabe neben dem Vater wohl nicht mehr vereinbar; der Vater hatte zwar auch nach diesem Gesetzbuche rücksichtlich des Vermögens seiner Kinder die Stellung eines Vormundes und durfte sich daher ohne gerichtliche Einantwortung des kindlichen Vermögens nicht anmassen; es konnte auch der Vater von der Verwaltung wegen grober Verschulden entfernt werden, allein für einen Mitgerhaben war dennoch im Josefinischen Gesetzbuche kein Raum, weil dasselbe den Einfluß der Familie auf die Vormundschaftsführung gänzlich ausgeschlossen hatte, und der dem Vater beigeordnete Mitgerhabe sowohl nach der Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669, wie auch nach dem von Grenek bezeugten Gerichtsgebrauche, meist „aus der mütterlichen Freundschaft", also gewissermaßen als Repräsentant der Familie, angesehen wurde.

Was die Vormundschaftsführung durch die Mutter betrifft, so haben wir schon oben hervorgehoben, daß nach allen Rechtsquellen dieser Periode stets ein oder mehrere Mitgerhaben der Mutter ständig zur Unterstützung ihrer Berufspflichten beigeordnet wurden.

Die Polizeiordnung des Jahres 1552 ließ die Mutter zur Vormundschaft überhaupt nur „nach Erkenntniß der Oberkeit oder des Gerichts und der Raithandler und mit einem Mitgerhaben zu" [5]); die Gerhabschaftsordnung, welche, ebenso wie mehrere

[2]) Gerhabschaftsordnung, III. Titel, §. 5.
[3]) Grenek a. a. O., S. 265.
[4]) Josefinisches Gesetzbuch, IV. Hauptstück, §§. 22—25.
[5]) Polizeiordnung vom Jahre 1552, Fol. XXIVv.

andere österreichische Rechtsquellen, die mütterliche Gerhabschaft auf ein altes Landesherkommen zurückführte[6]), verordnete, daß der Mutter jederzeit von Gericht aus neben ihrer Bestätigung ein oder zwei unverdächtige Mitgerhaben aus der Freundschaft zugeordnet werden sollen, welche neben ihr sowohl die Gerhabschaft zu verwalten als auch die Raittung zu führen haben, und die gesammte Literatur und Praxis bezeugt, daß der Mutter die Vormundschaftsführung niemals allein belassen wurde, so daß selbst die Reform der Wiener Pupillen Raitkammer vom 29. April 1715 [7]), welche es dem Ermessen des Gerichtes anheimstellen wollte, in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen den einen überlebenden Ehegatten allein zum Gerhaben zu benennen, rücksichtlich der Gerhabschaft der Mutter nicht durchgegriffen zu haben scheint.

Das Josefinische Gesetzbuch, welches außer der Mutter auch noch die Groß- und Urgroßmutter zur Vormundschaft zuließ, verordnete ebenfalls die Beiordnung eines Mitvormundes, welchen die Mutter vorschlagen konnte, den aber das Gericht zu bestätigen und, wo es eine eigene Wahl traf, vorzugsweise aus den Anverwandten zu wählen hatte [8]).

Diesem Mitvormunde konnte sowohl die Mutter als auch das Gericht die Vermögensverwaltung auftragen; dann war er aber eigentlich nicht mehr Mitvormund, sondern Curator, der der Vormundschaftsbehörde für die gesammte Gebahrung mit dem Mündelvermögen verantwortlich war [9]).

c) Berufung von Vormündern für einzelne Vermögensmassen oder zur Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte.

Mehrfach kommt es im österreichischen Rechte vor, daß neben der väterlichen und der ordentlichen Vormundschaft ein außerordentlicher Vormund für bestimmte Vermögensmassen oder für bestimmte Vermögensbestandtheile, bestellt wurde.

In erster Linie war es die recipirte Lehre des Territorialprincipes, welche eine Vormundschaftsbestellung in einem der Erbkönigreiche und Länder auf die in einem anderen Erblande gelegenen unbeweglichen Güter nicht ausdehnen ließ; besaß daher der Pupille unbewegliche Güter in mehreren Erblanden, so entstanden von selbst verschiedene Vermögensmassen, welche möglicherweise von zwei verschiedenen Vormündern verwaltet wurden,

---

[6]) Gerhabschaftsordnung, III. Titel, §. 2; vergl. auch Suttinger, S. 279; Beckmann a. a. O., S. 517.
[7]) Codex austr. I. Suppl.-Bd., S. 787.
[8]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 13.
[9]) Ebenda, §. 14.

namentlich aber jederzeit unter dem Schutze und der Oberaufsicht zweier verschiedener Vormundschaftsbehörden standen.

Klar sprach sich schon über diesen Punkt die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 aus, welche aber dennoch auch bestrebt war, das Resultat zu erzielen, daß von den verschiedenen Vormundschaftsbehörden dieselbe Person zum Vormunde bestellt werde, und zwar eben jene Person, welche das Gericht, unter welchem der Todfall des Vaters des Pupillen geschehen war, zum Vormunde bestellt hatte.

Dieses Gericht sollte, „wenn der Pupille in Böhmen und Mähren oder in anderen Ländern gelegene Güter hat, darob sein" — wie sich das Gesetz ausdrückt —, „damit solche Gerhaben verordnet werden, wider welche die anderen Landesobrigkeiten kein billiges Bedenken haben können, und es sollte diese Obrigkeiten durch regelmäßige Compaßschreiben ersuchen, daß sie ihnen die in diesem Lande verordneten Gerhaben, gegen Leistung dessen, was alldorten gewöhnlich, auch wollen belieben lassen" [1]).

Es ist aus dieser Stelle klar und deutlich zu ersehen, daß es nur guter Wille der Obrigkeit des anderen Landes war, den von der Personalinstanz bestellten Vormund auch in Ansehung des ünter ihrer Jurisdiction gelegenen Gutes zu ernennen und es konnten auf diese Weise für einzelne Güter, rücksichtlich Vermögensmassen, mehrere Vormünder bestehen, welche von einander unabhängig und verschiedenen Obervormundschaften verantwortlich waren.

Das Josefinische Gesetzbuch, welches einerseits zwar die Rechtseinheit in den verschiedenen Königreichen und Ländern bereits lebhaft anstrebte, war andererseits denn doch nicht dazu gelangt, die in der Gerhabschaftsordnung niedergelegte Anschauung zu durchbrechen.

Auch nach dem Josefinischen Gesetze erstreckte sich die Vormundschaft nur auf die Verwaltung des in der Provinz befindlichen Vermögens [2]), und wenn die Waisen Güter in mehreren Provinzen hatten, so stand der Behörde jeder Provinz das Recht zu, über das darin gelegene Gut einen Curator zu bestellen [3]).

Nur soweit hatte das Josefinische Gesetzbuch eine Abweichung von dem früheren Rechte eingeführt, daß der letztwillig benannte Vormund und der nächste Anverwandte, wenn er in dieser Provinz tauglich befunden wurde, den Vorzug haben sollte, wogegen der in einer Provinz von dem Gerichte bestellte Vormund auf die Verwaltung der in einer anderen Provinz gelegenen Güter kein vorzügliches Recht hatte.

---

[1]) Gerhabschaftsordnung, IV. Titel, §. 3.
[2]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 23.

Aber auch dann, wenn in den mehreren Provinzen eine und dieselbe Person zum Vormunde bestellt worden war, mußte nach dem Josefinischen Gesetze jede Verwaltung besonders geführt, die Rechnung zur Behörde jeder Provinz gelegt und durfte das Vermögen einer Provinz mit dem Vermögen der anderen Provinz nicht vermengt werden, was jedoch nicht hindern sollte, daß der Ueberschuß der Einkünfte in einer, zum Besten der Waisen in der anderen Provinz verwendet werden mochte [4]).

Aber auch noch einen anderen Grund führte das Josefinische Gesetzbuch an, aus welchem neben dem ordentlichen regelmäßigen ein außerordentlicher Vormund für bestimmte Güter bestellt werden konnte.

Wenn nämlich das Vermögens eines Mündels aus Geschlechtsgütern, zu denen der alleinige Mannesstamm berufen war, und aus freien Gütern bestand, dann sollte dem nächsten Verwandten, wenn er auch von der weiblichen Seite verwandt war die Vormundschaft und Verwaltung nicht nur über die freien, sondern auch über die Geschlechtsgüter anvertraut werden [5]), während, wenn der Mündel nur Geschlechtsgüter hatte, die Verwandten vom Mannesstamm vor anderen, obwohl näheren Verwandten, den Vorzug hatten [6]).

Es sollte aber jedes dieser beiden Vermögen nicht nur vom Vormund unvermengt erhalten und über jede Verwaltung besondere Rechnung geführt werden, sondern, wenn die gemeinschaftliche Verwaltung dem Waisen nachtheilig oder sonst eine offenbare Nothwendigkeit zu einer gesonderten Verwaltung vorhanden war, sollte die Vormundschaft, beziehungsweise die Verwaltung über die Geschlechtsgüter, einem Anderen anvertraut werden.

Aber nicht blos für einzelne Vermögensmassen, sondern auch für bestimmte Geschäfte konnten schon nach älterem Rechte specielle Vormünder oder Curatoren dem Mündel bestellt werden, und ebenso konnte die Ernennung außerordentlicher Vormünder wegen einer vorübergehenden Verhinderung des ordentlichen Vormundes eintreten.

Die Polizeiordnung des Jahres 1552 traf diesfalls schon die Verfügung, daß, wenn ein Agnat zu einem Theil des Gutes des Pupillen Anspruch hätte, dieser Umstand zur Entschuldigung des Gerhaben nicht hinreichen, sondern ein curator in litem bestellt werden solle, der die Sache gegen den Gerhaben auszuführen hätte [7]), und aus eben dieser Stelle wird man mit

---

[3]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 24.
[4]) Ebenda, §. 25.
[5]) Ebenda, §. 19.
[6]) Ebenda, §. 18.
[7]) Polizeiordnung, Fol. XIXv.

Recht schließen müssen, daß eine solche Curatorsbestellung auch erfolgen durfte und mußte, wenn nach angetretener Vormundschaft sich ein Rechtsstreit zwischen dem Mündel und dem Vormunde ergeben solite.

Ebenfalls auch ein außerordentlicher Vormund, ein Curator, sollte dem Mündel gegeben werden, wenn der nächstberufene Verwandte von der Obrigkeit zu großen Aemtern oder zu einer großen Reise fürgenommen würde[8]), und auf analogen Gründen beruhte es, wenn die Mutter — welche ja auch Obergerhabin war — nach der Polizeiordnung durch (andere) Gerhaben abgefertigt, beziehungsweise ihr Anspruch an das Vermögen ihres Ehegatten klargestellt werden sollte[9]).

Die Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669 machte von dem Rechte, besondere Vormünder und Curatoren zu bestellen, einen noch ausgedehnteren Gebrauch, welchen indeß die spätere Praxis noch mehr erweiterte.

Vor Allem sollten nach diesem Gesetze die der Mutter beigegebenen Mitgerhaben allein die Abfertigung der Mutter von der Verlassenschaft besorgen[10]) und sie waren in diesem ebenso wie in dem weiteren Falle als außerordentliche Vormünder anzusehen, wenn sich sonst Strittigkeiten zwischen der Mutter und den Kindern ereigneten, in denen die Mitgerhaben allein der Kinder Nothdurft auf das Beste zu beobachten hatten.

Ganz analog hatte die Obervormundschaft nach dem genannten Gesetze den unvogtbaren Kindern auch dann besondere Gerhaben zur Abtheilung zu verordnen, wenn die zur gesetzlichen Vormundschaft berufenen vogtbaren Brüder von den unvogtbaren noch nicht abgetheilt waren[11]), und auch aus dieser Gesetzesbestimmung können wir schließen, daß jedes Rechtsgeschäft, welches zwischen dem Vormunde und dem Mündel während der Dauer der Vormundschaft geschlossen werden sollte, Anlaß zur Bestellung außerordentlicher Vormünder und Curatoren werden konnte, wie dies für den Fall, als ein geringfügiger Proceß zwischen dem Vormunde und den Pupillen bevorstand oder obschwebte, ausdrücklich vorgeschrieben wurde[12]).

Außerdem aber führte die Gerhabschaftsordnung noch eine besondere Art außerordentlicher Vormünder ein, welche sich in Oesterreich sodann ungemein schnell verbreitete.

Es wurde dem Gerhaben gestattet, wegen schwerer Rechtsführungen gegen dritte Personen einen besonderen curator in

---

[8]) Polizeiordnung, Fol. XIXv.
[9]) Ebenda, Fol. XXIII.
[10]) Gerhabschaftsordnung, III. Titel, §. 3.
[11]) Ebenda, III. Titel, §. 9.
[12]) Ebenda, II. Titel, §. 2, 6.

litem zu begehren, welcher Curator dann gegen billige Bestallung zugeordnet wurde, um für die Rechtsführungen zu sorgen, und welcher sodann dieselben neben den anderen Gerhaben zu vertreten hatte[13]).

Da aber im Beginne der Entwickelung der Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich dieses Verfahren noch ein buntes Gemenge contentiöser und officiöser Gestionen war; da insbesondere im Zuge der Abhandlung nicht blos über die Activforderungen an die Verlassenschaft, sondern auch über die widerstreitenden Erbrechtsansprüche zwischen den Parteien verhandelt und entschieden wurde, so konnte es nicht fehlen, daß die Gerhaben eben vielfach die Verlassenschaftsabhandlung als eine der schweren Rechtsführungen betrachteten, für welche die Gerhabschaftsordnung die Beiordnung eines Curators ad actum gestattet hatte.

Ja, es scheint bei der formlosen Gestaltung des Abhandlungswesens im 18. Jahrhunderte, der Gebrauch, Curatoren zur Abhandlung minderjähriger Personen neben den Vormündern zu bestellen, ein so allgemeiner geworden zu sein, daß bald eine Reihe von Verordnungen die Bestellung dieser Curatoren der Vormundschaftsbehörde zur Pflicht machte, und daß sich diese Einrichtung bis in das 19. Jahrhundert erhalten konnte.

Ein beredtes Zeugniß liefert dafür schon die „Stadt Wiener Pupillen Raitkammer Reformation vom 29. April 1715“ [14]), welche klar vorschrieb, daß in allen Fällen, wo es auf die Abfertigung der überlebenden Eltern ankomme, zur Abhandlung geschritten und wohlerfahrene curatores ad actum bestellt und bei solcher Abhandlung Alles für die Pupillen wohl beobachtet werden solle.

Noch deutlicher aber sprachen sich die gleichlautenden Edicte der niederösterreichischen Regierung vom 31. Jänner 1760 und der obderennsischen Landeshauptmannschaft vom 17. Mai 1760 aus[15]), nach denen jederzeit neben den Vormündern besondere Curatoren zur Verlassenschaftsabhandlung für minderjährige Erben bestellt werden mußten, so daß von nun an am Beginne der Vormundschaft regelmäßig neben dem ordentlichen noch ein außerordentlicher Vormund thätig war.

Das Josefinische Gesetzbuch hat die Bestellung eigener Abhandlungscuratoren nicht besonders aufgenommen, dagegen hat dasselbe ganz allgemein vorgeschrieben, daß, wenn zwischen dem Vormunde und den Waisen Rechtsstreitigkeiten entstanden sind, den Waisen ein besonderer Vertreter bestellt werden müsse, welcher

[13]) Gerhabschaftsordnung, XII. Titel, §. 4.

[14]) Codex austr. I. Suppl.-Bd., S. 787.

[15]) Diese Edicte wurden dem Verfasser aus dem Archive des obersten Gerichtshofes freundlich zur Disposition gestellt.

inzwischen in die vollen Pflichten des Vormundes eintrete; daß das Gleiche statthaben solle, und wenn in anderen gerichtlichen oder außergerichtlichen Handlungen wegen des mitunterlaufenden Vortheiles des Vormundes das Wohl der Waisen außer Acht gelassen werden könnte [16]); endlich wurde im Anschlusse an diese Bestimmung die weitere Verfügung getroffen, daß, wenn zwischen mehreren Waisen, die der Obsorge des nämlichen Vormundes übergeben sind, Rechtsstreitigkeiten entstehen oder sonstige Geschäfte vorfallen, wo beiderseits Vortheil und Schaden entstanden ist, keiner von beiden Waisen vom Vormunde vertreten, sondern einem jeden ein eigener Vormund gegeben werden solle [17]).

Als ganz singuläre Bestimmungen müssen jene Verordnungen bezeichnet werden, welche für die Fälle erlassen wurden, wenn ein Mündel eine Handlung oder ein Bergwerk, beziehungsweise Bergwerksantheile, besaß.

In Ansehung des ersten Falles hatte die Verordnung über „Handlungsfortführung in den Verlassenschaften" vom 28. Jänner 1765 [18]) bestimmt, daß der Mitgerhabe, welcher der Mutter zugeordnet sei, falls derselbe nicht dem Handelsstande einverleibt wäre, mittelst der commerciellen Behörde im Handlungswesen besonders geprüft und sodann einem Curator gleich in Eid genommen werden müsse; für den zweiten Fall war durch die Hofdecrete vom 15. December 1783 [19]) und vom 9. Mai 1785 [20]) bestimmt worden, daß, wenn der Vormund zur guten Verwaltung eines Bergwerksvermögens die erforderlichen Fähigkeiten nicht besitze, ihm ein bergwerksverständiger Assistent zur Verwaltung der Bergwerksentität beigegeben werden müsse.

Wir können auch diese Materie nicht schließen, ohne eine kurze allgemeine Bemerkung zum Schlusse beizufügen.

Das Recht, wie es sich im Josefinischen Gesetzbuche abgeschlossen hatte, schloß in verschiedenen Richtungen einen Gegensatz gegen die frühere Rechtsentwickelung in sich.

Bleiben wir zunächst bei der Vormundschaftsbestellung stehen, so sehen wir, daß sich in Oesterreich lange Zeit noch, nachdem der Einfluß der Familie auf das Vormundschaftswesen zu verblassen begonnen hatte, der durch das Gesetz des Jahres 1669 gestützte Gerichtsgebrauch der Bestellung mehrerer Vormünder erhalten konnte, welcher Gebrauch es dem Gerichte gleich sehr ermöglichte, eine augenblickliche Behinderung des einen Vormundes

---

[16]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 63.
[17]) Ebenda, §. 64.
[18]) Codex austr., Suppl.-Bd. IV., S. 677.
[19]) J. G. S. Nr. 221.
[20]) J. G. S. Nr. 425.

zu übersehen, da ja der andere Vormund in diesem Falle die Rechte des Mündels wahren konnte.

Je mehr die spätere Gerichtspraxis aus der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts die Bestellung mehrerer Vormünder außer Uebung setzte, je entschiedener im Josefinischen Gesetzbuche die Regel betont wurde, daß nur Ein Vormund den Pupillen gegeben werden solle, um desto dringender mußte sich das Bedürfniß äußern, für bestimmte Fälle der Behinderung, der Untauglichkeit oder der mangelnden besonderen Fähigkeit des bestellten Einen Vormundes außerordentliche Vormünder oder Curatoren auf kurze Zeit für bestimmte Geschäfte zu ernennen.

Für diese außerordentlichen Vormünder galten aber selbstverständlich durchaus nicht die regelmäßigen Delationsgründe der Vormundschaft; ihre Bestellung war ein Act des rein richterlichen Ermessens, das auch in der Auswahl wohl nur geringen Beschränkungen unterworfen war.

So manifestirte sich denn auch in dieser Beziehung wieder die Wichtigkeit der Dativ-Tutel im österreichischen Rechtsleben, die Wichtigkeit, welche ihren obersten Grund in dem Umstande hatte, daß die Vormundschaft nahezu ganz aufgehört hatte, Familiensache zu sein und ausschließlich als Object der freiwilligen Gerichtspflege angesehen wurde.

IV. Capitel.

Antretung der Vormundschaft.

War nach dem österreichischen Rechte unserer Periode ein Vormund für einen Pflegebefohlenen bestellt und confirmirt, so mußte er die Vormundschaft antreten; die Antretung bestand in einer Willenserklärung des Vormundes, dieses Amt übernehmen zu wollen, welche wohl auch stillschweigend abgegeben werden konnte.

Die Antretung stand jedoch mit mehreren anderen Handlungen im wesentlichen Zusammenhange, von welchen wir im Einzelnen sprechen müssen.

Vor Allem wurde dem Vormunde eine Urkunde über seine Bestellung, ein obrigkeitliches Decret, das sogenannte Tutorium oder Curatorium, ausgestellt, eine öffentliche Urkunde, welche zu seiner Beglaubigung diente.

Sodann mußte der Vormund schon seit langer Zeit einen Eid oder doch ein feierliches Versprechen ablegen, das Amt gewissenhaft führen zu wollen, und vielfach wurde neben diesem Gelöbnisse eine Caution gefordert; endlich stand mit der Antretung der Vormundschaft die Errichtung eines Inventars über

das Pupillarvermögen und vielfach auch dessen Sicherstellung durch Siegelung und gerichtliche Deponirung des Geldes und der Schuldbriefe im Zusammenhange.

Von diesen Gegenständen wollen wir nunmehr im Einzelnen handeln.

1. Antretung der Vormundschaft und Ausstellung des Vormundschaftsdecretes.

Mit der durch die Reichspolizeiordnungen des 16. Jahrhunderts eingeführten und in Oesterreich recipirten obrigkeitlichen Confirmation sämmtlicher Vormünder stand die Ausstellung einer Bestellungsurkunde an den Vormund im innigsten Zusammenhange — welche Urkunde dem römischen Rechte in dieser Weise vollkommen fremd war.

Das Decret, das über die Confirmation des Vormundes von der Obrigkeit ausgefertigt wurde, hieß Tutorium oder Curatorium und diente dazu, den Vormund vor Gericht gehörig zu legitimiren [1]).

Dieses vorausgeschickt, ist es natürlich, daß sich die ersten Spuren des Tutoriums im österreichischen Rechte auch erst in der Polizeiordnung des Jahres 1552 finden, welche ja auch hier dem vier Jahre früher erflossenen Reichsgesetze gefolgt war.

Ausdrücklich wurde zwar einer besonderen Bestellungsurkunde an den Vormund in diesem Gesetze nicht erwähnt; da dasselbe jedoch verfügte, „daß die Verwaltung dem Vormunde durch die Obrigkeit decernirt und befohlen sein muß", so ist es natürlich, daß dieser Befehl in Form eines schriftlichen Auftrages erfolgte, aus welchem sich eine Bestellungsurkunde für den Vormund herausbilden mußte [2]).

Deutlicher schrieb aber schon die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 vor, daß sich Niemand eine Gerhabschaft anzumessen habe, „ehe und zuvor ihme von der Obrigkeit ein Gerhab-Brieff oder andere Verordnung zugekommen sei", und es war die Ausstellung des Decretes nach diesem Gesetze schon sehr wichtig, weil acht oder vierzehn Tage nach dessen Zustellung — je nach des Richters Gutdünken — dem Gerhaben die Verantwortung der Gerhabschaft zugerechnet werden sollte [3]).

---

[1]) Kraut I, S. 241; Rudorff II, S. 213.

[2]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXv. Nach den im Uebrigen aus dieser Polizeiordnung entlehnten Bestimmung der Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns (III. Bd., 43. Tit., S. 559), waren die testamentarischen Vormünder, dann die von der Freundschaft erkornten Gerhaben der Pupillen des Herrn- und Ritterstandes hievon ausgenommen.

[3]) Gerhabschaftsordnung, X. Titel, §. 1. Hier wurde noch insbesondere bestimmt, daß der Termin von 8 bis 14 Tagen nach Zustellung des Vor-

Ueber die Form und den Inhalt des Tutoriums enthielt aber auch noch die Gerhabschaftsordnung nichts Näheres, und erst die „Stadt Wien Pupillen Rait-Cammer Reformation“ vom 29. April 1715 verfügte in dieser Beziehung, „daß fürohin allen bestellenden Gerhaben ordentliche Decreta cum succinta instructione, wie sie sich zu verhalten haben, nebst Beyruckung der Anzahl, Nahmen und Alters ihrer Pupillen, zugefertigt werden sollen“ [4]).

Nicht ausdrücklich in diesem Gesetze vorgesehen, wohl aber selbstverständlich war es, daß der Mutter und dem Mitvormunde gleichfalls Decrete zugefertigt wurden.

Dagegen wird dem Vater wohl kein solches Decret ausgestellt worden sein, weil er ja auch „one erkhenntnuß der Obrikait seiner unvogtparen Kinder Gerhab war“.

Die österreichischen Schriftsteller unserer Periode betonen schon allgemein die Nothwendigkeit des Tutoriums [5]); namentlich ist es Bannizа [6]), der den Zusammenhang des Tutoriums mit der Confirmation sämmtlicher Vormünder sehr genau kannte und hervorhob.

Das Josefinische Gesetzbuch [7]) sagte einfach, daß jedem Vormunde bei dem Antritte der Vormundschaft von der Vormundschaftsbehörde eine gerichtliche Beglaubigungsurkunde ertheilt werden solle, damit er sich dadurch aller Orten gehörig ausweisen könne.

---

mundschaftsdecretes der längste sei, nach dessen Ablaufe dem Gerhaben die Verantwortung wegen der Vormundschaft zugerechnet werden müsse. Dies konnte auch noch früher eintreten, wenn der Vormund sich noch vor Erhaltung des Decretes die Vormundschaft angemaßt hatte, oder wenn die Sache keinen Anstand gelitten hätte, in welchem Falle dem Gerhaben die Verantwortung von der Zeit der ersten Anmaßung oder der aufgetragenen Gerhabschaft (also unmittelbar vom Zeitpunkte der Zustellung des Decretes) oblag.

[4]) Codex austr. I. Suppl.-Bd., S. 787.

[5]) Weingärtler a. a. O., S. 21; Donner a. a. O., S. 11 (der schon den Inhalt des Decretes sehr ähnlich mit dem heute gebräuchlichen angibt, „daß der Vormund die Kinder christlich zu erziehen und ihre Güter als ein emsiger Hausvater zu verwalten habe“).

[6]) Bannizа a. a. O., S. 68: „Cum omnes indistincte tutores Jure Germanico civili communi nec non provinciali terrarum hereditariarum confirmatione indigeant, facile quivis intelliget, eos, qui tutelae nomine in judicio agere contendunt, se qua tutores esse confirmatos, per tutorium vel curatorium probare debere. Non enim sufficit ad legitimationem tutoris productum testamentum, quo tutor datus est, nec demonstrata sanguinis propinquitas, nec formula pacti, sed opus est productione tutorii.“ S. 69: „Nemo sane pro tutore prius habetur, nec qualiscunque tutela ullum sortitur effectum, quam Magistratus, dato tutorio, potestatem suscipiendae tutelae tutoribus testamentariis pariter, ac legitimis et dativis concesserit.“

[7]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 67.

Ein näherer Inhalt dieser Urkunde war weder in diesem Gesetze noch in dem Patente vom 9. September 1785, Nr. 464 J. G. S., welches die Instruction für die Justizstellen zum Gegenstande hatte, enthalten.

2. Von der Angelobung der Vormünder.

Da die österreichischen Rechtsquellen auch vielfach von einer juratorischen Caution des Vormundes reden, diese aber der Sicherheitsbestellung durch den Vormund zugerechnet werden muß, so hat man vollends Acht zu geben, die amtliche Angelobung der Vormünder nicht mit der juratorischen Caution zu verwechseln.

Was die eigentliche Pflichtenangelobung durch den Vormund betrifft, so war dieselbe dem älteren römischen wie dem älteren deutschen Rechte gleich sehr fremd[1]; wiewohl nun Justinian solche Eide für Curatoren und Vormünder vorschrieb[2], so stützte sich dennoch die Rechtsübung in Deutschland nicht auf diese römischen Gesetze, sondern auf die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577[3], welche die Formel dieses Eides genau festgesetzt hatten.

Es sollte nämlich nach diesen Reichsgesetzen „der Vormund nach befohlener Verwaltung mit Gelübden und Eyden beladen werden, daß er seinen Pflegkindern und ihren Gütern getreulich und erbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und vermehren, die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden noch dieselbigen ohn Vorwissen Erkenntnuß und Decret der Obrigkeit veräusseren, verpfänden oder beschwehren und jährlich nit allein auf Erforderung der Obrigkeit, sondern auch selbst, vermöge seines anbefohlenen Ampts, auch geleister Pflicht und Eyds gebührlich Rechenschaft anbieten und thun, umb sein Verwaltung Rede und Antwortung geben und alles anders handlen, das einem getreuen Vormünder eignet und zustehet".

Die Polizeiordnung des Jahres 1552 verlangte im Allgemeinen „die Aidtpflicht des Vormunds" neben und außer der Caution und „Versicherung der Pupillen Güetter halber[4], ohne die Form des Eides näher zu bestimmen; daß aber unter diesem Eide kein anderer als der, welchen die obbezogenen Reichsgesetze vorgeschrieben hatten, zu verstehen war, daran läßt uns Suttinger[5] nicht zweifeln, der eben mit Beziehung auf diese

---

[1]) Kraut a. a. O., II, S. 118.

[2]) Rudorff a. a. O., II, S. 229 u. ff.

[3]) Reichspolizeiordnung von 1548, Titel 31, §. 3, und Reichspolizeiordnung von 1577, Titel 32, §. 3.

[4]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXv.

[5]) Suttinger a. a. O., S. 275, der unter dem Schlagworte „Ger haben Obligatio" mit Berufung auf eine Entscheidung des Jahres 1661 an

Reichsgesetze die Eidesleistung der Vormünder als etwas Bekanntes und Geübtes voraussetzte und sich diesfalls auf Entscheidigungen berief, welche der Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 vorausgegangen sind und welche namentlich den Zusatz in der Angelobung enthielten, daß die Vormünder nicht blos auf Erforderung der Obrigkeit, sondern überhaupt alljährlich Rechnung thun sollen.

Eingehender behandelte die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 die Angelobung der Vormünder im siebenten Titel, welcher „von der Gerhab-Pflicht und -Versicherung" handelt[6]).

In diesem Gesetze wurde die juratorische Caution — welche bei bestimmten Vormündern zugelassen war — ganz genau von „der Gerhablichen Pflicht an Eydstatt" unterschieden und rücksichtlich der letzteren vorgeschrieben, „daß der Gerhab nach geleisteter Caution sowohl bei dem Landmarschallischen Gerichte als (auch bei der) N. Oe. Regierung und (bei den) anderen Gerichten die Gerhab-Pflicht an Eydstatt ablegen, und daß diese Angelobung eben die Krafft und Würkung haben soll, als wär ein leiblicher Eyd abgelegt worden".

Die Formel der Angelobung an Eidesstatt erinnerte vielfach an die Reichspolizeiordnungen und lautete folgendermaßen[7]): „Ihr werdet (die Obrigkeit zu benennen) an Eydstatt angeloben und vergreiffen, daß ihr euch der (.....) Pupillen, darüber ihr zu Gerhaben verordnet seyet, treulich annehmen, dieselbe in allem fleißig versorgen, und versehen, auch ihr An- und Zugehörungen in liegend- und fahrenden auffrichtig verwalten, deßwegen Jährlich ordentliche Raittung thun und zu (.....) Handen erlegen, wie nicht weniger von ihr, der Pupillen, Haab und Güter, sonderlich an ligenden Grundstüken, auch andern, so ohne Schaden, biß zu derselben Vogtbarkeit auffbehalten werden kann, ohne sondere Ehehaffte Ursachen auch (.....) der Obrigkeit Vorwissen und Einwilligung nichts veralienirn, oder verkauffen; auch sonsten in allem andern dasjenige thun und handeln wollet,

führt, „daß bei der Regierung ein jeder Gerhab sich an Eydesstatt zu jährlicher Rechnungslegung verpflichten muß, und daß dies auch bei dem landmarschallischem Gericht durch ein Edict anbefohlen wurde".

[6]) Gerhabschaftsordnung, VII. Titel, §. 1.

[7]) Ebenda, §. 2. Siehe auch Codex austr. I, S. 573, unter dem Schlagworte „Juraments-Formular", wie solche bei der hochlöbl. Regierung nach Inhalt des erst Anno 1667 im Druck erlassenen Jurament-Buchs abgelegt zu werden pflegen. In dieser Eidesformel ist auch für alle Gerhaben, welche nicht der Regierungs-Jurisdiction unterworfen sind, die Verpflichtung enthalten, „so offt es die Nothdurfft erfordert, solcher Gerhabschafft halber der Regierung zu Recht zu stehen, und derselben mit ihren Gütern biß zur besagten Gerhabschafft Endung verhafft zu sein". Siehe auch Suttinger unter dem Schlagworte „der Gerhaben Gelübd", S. 280.

was getreuen und auffrichtigen Gerhaben gebührt, und auch in Krafft unserer Gerhabschaffts-Ordnung zustehet; treulich und ohne gefährde."

Ausgenommen von dieser Pflichtenangelobung waren nur die genugsam Angesessenen vom Herrn- und Ritterstand, „weil — wie sich die Gerhabschaftsordnung ausdrückt — von Altersher bei dem landmarschallischen Gericht die Gerhaben weder Caution noch Pflicht geleistet haben."

Die österreichischen Schriftsteller haben den Unterschied zwischen juratorischer Caution und der Angelobung stets hervorgehoben, so Weingärtler[8]), Vossius[9]), Banniza[10]) und Donner[11]). Vossius schreibt insbesondere deutlich: „Delationem tutelae sequitur promissio .... deinde satisfactio" .... „A Promissione (von Leistung der Gerhabpflicht) status provinciales liberi sunt, non autem a satisdatione". Und übereinstimmend äußert sich Banniza mit den Worten: „Praeter cautionem ab omnibus tutoribus praestandum etiam juramentum de tutela rite et ex fide gerenda non modo jure Germanico communi exigitur sed in jure provinciali austriaco disertis verbis praescribitur."

Daß die Gerhabschaftspflicht mit dem Handschlage geleistet wurde, sagt uns insbesondere Donner.

Das Josefinische Gesetzbuch bestimmte[12]), daß jeder Vormund ohne Ausnahme bei der Vormundschaft angeloben solle, daß er sich der Waisen getreulich annehmen, sie zur Gottesfurcht und Tugend anführen, nach ihrem Stande zum Nutzen des gemeinen Wesens erziehen, ihr Vermögen gleich dem seinigen besorgen und sich in allem nach den Anordnungen der Gesetze verhalten wolle.

Nach der allgemeinen Fassung des Josefinischen Gesetzes scheint selbst nicht die Mutter von der Leistung der Gerhabpflicht befreit gewesen zu sein.

3. Von der Sicherstellung des Mündels durch den Vormund.

Sehr eingehend sind die Bestimmungen der österreichischen Rechtswerke rücksichtlich der Pflicht der Vormünder, das Waisenvermögen sicherzustellen; die verschiedenen Verfügungen, welchen wir in diesem Punkte begegnen, zeigen deutlich, daß die Bedeutung der Cautionsleistung sich immer mehr verlor, und daß das Streben der Gesetzgebung dahin ging, durch geringere Anforderungen an die Qualification der Vormünder, die allgemeine Be-

[8]) Weingärtler a. a. O., S. 22.
[9]) Vossius a. a. O., S. 283.
[10]) Banniza a. a. O., S. 115.
[11]) Donner a. a. O., S. 13.
[12]) Josefinisches Gesetzbuch, VII. Hauptstück, §. 40.

stellung der Vormünder für sämmtliche Pupillen möglich zu machen, beziehungsweise zu erleichtern.

Da aber eben in diesem Punkte die österreichischen Rechtsquellen sowohl auf das römische Recht wie auch auf den beobachteten Landtsbrauch sich vielfach stützten, erscheint es uns vor Allem geboten, mit einigen Worten der Satisdation der Vormünder nach römischem und deutschem Rechte zu gedenken.

Die Cautionsleistung ist im römischen Rechte durch ein von den Gelehrten in die Zeit von Trajan versetztes prätorisches Edict eingeführt worden[1]).

Der Vormund mußte sicherstellen „rem pupilli vel adolescentis salvam fore", und aus dieser Stipulation erwuchs sodann für den Pupillen ein neues Klagerecht, die actio ex stipulatu; doch traf diese Verpflichtung nur den Vormund und den Curator, welche Verwaltungsrechte hatten, und sogar unter diesen waren Mehrere — die im Testament gegebenen und die von höheren Magistraten nach vorläufiger Untersuchung ihrer Tüchtigkeit bestellten Vormünder — von der Cautionsleistung befreit.

Die satisdatio des Vormundes konnte, wie alle prätorischen Satisdationen, nur durch Bürgschaft geleistet werden; nachdem der Vormund vor Gericht bekannt hatte, daß er die angetragene Vormundschaft aus freiem Willen übernehme, daß er dieselbe gewissenhaft administriren und den Pflegling nöthigenfalls ohne Verzug defendiren wolle, mußte der Vormund seine Bürgen vorführen, welche in der vorgeschriebenen und üblichen Form die Bürgschaft versprachen; über die Gelöbnisse des Vormundes und der Bürgen wurde eine öffentliche Urkunde aufgenommen und dem Pflegling späterhin zum Beweise der Stipulation eingehändigt; auch wurde über den ganzen Vorgang ein Protokoll errichte'.

Weigerte sich der Vormund, die Caution zu leisten, so traf ihn zwar die Verantwortlichkeit der Administration, ohne daß er jedoch zu derselben ein Recht hatte, so daß ihm insbesondere weder das jus alienandi noch auch das jus agendi zustand; wegen beharrlicher Weigerung endlich konnte der Vormuud als suspect amovirt werden.

In Deutschland konnten, nach den Quellen des sächsischen Rechtes der mittleren Zeit, nur die nächsten Erben des Mündels von dem Vormunde Rechnungsablegung und Sicherheitsleistung verlangen; etwas spätere sächsische Rechtsquellen und außersächsische Rechtsbücher gaben diese Rechte schon den nächsten

[1]) Rudorff a. a. O., II. Bd., S. 213—231.

Blutsfreunden des Mündels, und in den Reichspolizeiordnungen war schon nur mehr von der Obrigkeit die Rede, welche die Sicherheitsleistung zu begehren habe [2]).

Der Vormund mußte die Sicherheit bestellen (vorwissenen), daß er die Vormundschaft redlich führen wolle; regelmäßig mußte die Sicherheit mit Grundstücken geleistet werden, und wenn manche Rechtsquellen nur von Bürgen sprachen, so sollten, nach Kraut's Bemerkung, unter diesem Ausdrucke sogenannte „untödtliche Bürgen", das heißt Pfänder, verstanden werden; übrigens brauchte der Vormund nur wegen der fahrenden Habe des Mündels, nicht aber auch wegen dessen Grundstücken, Sicherheit zu leisten, weil sich die Grundstücke von selbst vergewisserten.

Von der Sicherheitsleistung war keine Art von Vormündern frei; sie konnte von den geborenen ebenso wie von den gekorenen Vormündern verlangt werden; nur dann, wenn der Vormund das Vermögen selbst nicht verwaltete, traf ihn keine Pflicht zur Cautionsleistung [22]).

Die Reichspolizeiordnungen bestätigten neuerdings, daß jeder Vormund („er sei gleich in Testamentsweiß verordnet oder durch das Recht oder Richter gegeben") nach befohlener Verwaltung rechtmäßige genugsame Caution und Versicherung leisten solle — und es war auf diese Art die Bestimmung des römischen Rechtes, daß tutores testamentarii und ex inquisitione a magistratu dati — davon ausgenommen seien, ausdrücklich ausgeschlossen worden.

Da die Reichspolizeiordnungen über die Art, wie die Caution zu leisten sei, nichts Näheres bestimmten, so wurde nach dem Gerichtsgebrauch Sicherstellung durch Pfand und Hypothek ebenso wie durch Bürgschaft zugelassen; wegen der strengen Oberaufsicht durch die Obervormundschaft und mit Rücksicht auf das dem Mündel an dem Vermögen des Vormundes zustehende gesetzliche Pfandrecht wurde aber in Deutschland seit langer Zeit keine Cautionsleistung mehr auferlegt und nach einzelnen Particularrechten entweder ganz erlassen oder von dem Ermessen der Obrigkeit abhängig gemacht [4]).

Nach österreichischem Rechte fand sich schon in der Polizeiordnung des Jahres 1552 die deutliche Hinweisung auf die Reichspolizeigesetze; auch nach diesem Gesetze [5]) sollte der Gerhab, „ob Er glaich ain negster Freundt oder durch den Testator in seinem Testament über seine verlassene Khinder, Haab und Guet

[2]) Kraut a. a. O., I. Bd., S. 93.
[3]) Kraut a. a. O., II. Bd., S. 42.
[4]) Ebenda, S. 122.
[5]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXv.

zu ainem Gerhaben benent, und gesetzt wäre, zu Gerhaben nit angenommen werden, Er thue denn zuvor, der Obrikhait oben vermeldet neben seiner Aidtpflicht genuegsam Caution und Versicherung der Pupillen Guetter halber", — und nur das unterschied das österreichische Landesgesetz von der Reichsgesetzgebung, daß diese Cautionsleistung hier nur dann stattfinden sollte, „wo ain Gerhab im Landt nit genuegsamblich angesessen oder sonst zur Gerhabschafft nicht genugsam wäre".

Demnach war die Cautionsleistung nach dem älteren österreichischen Rechte mehr in's Ermessen der Obrigkeit gestellt, doch dergestalt — wie uns Suttinger[6]) aus einer Entscheidung vom 19. August 1608 belehrt —, „daß wenn die Herrschafft die Pupillen durch die Pfleger nicht genuegsam versicherte, sie den Pupillen ex capite male vel prorsus non administratae tutelae billich obligirt wurde".

Der romanisirende Charakter der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 läßt sich auch in diesem Punkte nicht verkennen.

Zwar sollten gerade die durch Testament verordneten Tutoren, „wenn sie im Lande nicht genugsamblich angesessen sind", Caution leisten; aber es war dem Testator gestattet, die Gerhaben von der Cautionsleistung zu entbinden.

Die anderen von dem Gerichte ex officio gesetzten Gerhaben aber — wenn es auch die zur Uebernahme der Vormundschaft verpflichteten nächsten Verwandten wären —, sollten, „wenn sie über alle eingewendeten Entschuldigungen nicht bemüssigt werden wollten", blos zu der Juratori-Caution angehalten, die Uebrigen aber entlassen werden, so daß also hier der Grundsatz des römischen Rechtes, daß tutores ex inquisitione a magistratu dati von der Sicherheitsleistung frei sind, durchgegriffen zu haben scheint.

Ebenso wie die testamentarischen Tutoren, waren nach der Gerhabschaftsordnung auch jene Gerhaben cautionspflichtig, welche als nächste Befreundte die Gerhabschaft selbst begehrten[7]); allgemein ausgenommen waren aber die genugsam Angesessenen vom Herrn- und Ritterstand, wie dieses von altersher überliefert war[8]).

Ueber die Art der Cautionsbestellung enthielt die Gerhabschaftsordnung nur die Bestimmung, „daß die Caution der Landt-Leuth sowohl als anderer Personen, gehörigen Orthen vorgemerkt werden solle", was auf eine Hypothekarcaution hinzudeuten scheint.

Die niederösterreichischen Schriftsteller unserer Periode betonen, im Anschlusse an die Gerhabschaftsordnung, die Nothwen-

---

[6]) Suttinger a. a. O. unter dem Schlagworte „Obergerhabschaft", S. 283.

[7]) Gerhabschaftsordnung, VII. Titel, §. 1.

[8]) Ebenda, §. 3.

digkeit der Cautionsbestellung, wie sie in diesem Gesetze vorgeschrieben war[9]); nach den späteren Schriftstellern war jedoch eine solche Verpflichtung nicht mehr gebräuchlich und sie übergingen dieselbe mit Stillschweigen[10]).

Es war wohl sehr erklärlich, daß mit der gesteigerten Oberaufsicht und Verwaltung des Mündelgutes durch die Obervormundschaft, — daß mit der genauen Inventirung, Depositirung und Versicherung des Mündelvermögens, die Cautionsleistung durch den Vormund an Werth und Bedeutung verlor.

Der gesetzliche Bestand einer Verpflichtung zur Cautionsleistung diente höchstens noch dazu, Vormünder, welche keine anderweitigen Excusationsgründe hatten, thatsächlich von der Uebernahme der Vormundschaft zu befreien, und so erklärt es sich leicht, daß mit dem Hofdecrete vom 30. September 1785, Nr. 474 J. G. S., anerkannt wurde, daß „die von den Gerhaben gemäß den alten Gerhabschaftsordnungen geforderte Leistung einer Realkaution viele redliche, zur getreuen Verwaltung des Vermögens und genauen Fürsorge für die Mündel wohl geeignete Männer von Antretung der Gerhabschaft abhalte, wenigstens selbe zum Nachtheile des Mündels oder Curanden verzögere".

„Aus diesem Grunde — so fährt das bezogene Gesetz fort — haben Se. Majestät zu verordnen befunden, daß jeder Gerhab und vom Gerichte bestimmte Curator von der Leistung der Realkauzion gegen dem enthoben werden könne, daß in der Auswahl rechtschaffener Männer die strengste Sorgfalt angewendet, der bestellte Gerhab oder Curator jedesmal in gerichtliche Ver-

---

[9]) Weingärtler a. a. O., S. 22, der sich übrigens auf die Novelle 73 und auf die Reichspolizeiordnung von 1548 stützt. Bossius, S. 283: Satisdant vero omnes tutores, qui non satis divites a magistratu judicantur, vel juratorie vel aliter, nisi a testatore a quo dati sunt a satisdatione dispensati fuissent. Bannitza, S. 112—122, der ausdrücklich die Art der Sicherheitsleistung dem richterlichen Ermessen vindicirt, und der darauf hinweist, daß man nach österreichischem Rechte annehmen müsse, daß eine Caution durch Pfandbestellung ganz genüge und hervorhebt, daß in diesem Punkte das österreichische Recht mit dem deutschen Gewohnheitsrechte vollkommen übereinstimme.

[10]) Grenek (S. 265) erwähnt nur mehr, „daß der Vormund vor der Inventur und vor dem (Abhandlungs-) Vertrage in das Geliebt zu nehmen sei", ohne einer Cautionsleistung zu gedenken; vielleicht erklärt sich dies daraus, daß Grenek die Vormundschaft nur bei den Unterthanen behandelt, bei diesen aber eigentlich nur Dativ-Tutoren gebräuchlich waren, wie ja Grenek (S. 270) sagt, „daß denen Minderjährigen bei Absterben der Eltern von Obrigkeit wegen untadelhafte und angesessene Gerhaben verordnet werden müssen und daß es nicht nöthig sei, sonderlich wo ein Bedenken zu haben, daß es Befreundte sein müssen". Donner (S. 12) erwähnt nur mehr der Angelobung mit Handschlag, ohne der Caution zu gedenken.

pflichtung, die statt des Eides gelte, genommen, die Substanz des Vermögens in gerichtliche Verwaltung sogleich übergeben und auf die genaue Rechnungslegung in der vorgeschriebenen Zeit mit allem Ernste unnachsichtlich gedrungen werde."

Das Josefinische Gesetzbuch hat scheinbar wieder strengere Bestimmungen in Betreff der Sicherheitsleistung eingeführt, indem es bestimmte [11]), „daß jeder Vormund, wenn er nicht vom Erblasser im letzten Willen ausdrücklich davon enthoben worden, das Waisengut sicherzustellen habe".

Doch war diese größere Strenge des Josefinischen Gesetzbuches in doppelter Beziehung nur eine scheinbare; erstens schon deswegen, weil sie sich nicht weiter als auf dasjenige erstrecken sollte, was dem Vormunde solchergestalt behändigt worden, daß er es allenfalls zu seinem Nutzen verwenden oder verderben lassen konnte; sodann weil es der Vormundschaftsbehörde zu beurtheilen überlassen wurde [12]), ob wegen dieser Sicherstellung sich mit einer gerichtlichen Verpflichtung des Vormundes zu begnügen, oder ob eine mehrere und was für eine Sicherstellung zu fordern sei, und daß dabei auf Zweierlei Bedacht genommen werden solle, daß weder die Waisen einer gegründeten Gefahr ausgesetzt, noch taugliche Vormünder von Annehmung der Vormundschaft abgeschreckt werden.

Das Verblassen der Caution findet sein Gegenstück in der Ausbildung und Erstarkung der Inventirung, der Depositirung und Versicherung des Mündelvermögens, wovon wir im folgenden Absatze handeln werden.

4. Von der Inventurserrichtung über das Vermögen des Mündels.

Schon nach römischem Rechte trat die Nothwendigkeit einer Inventurserrichtung bei jeder mit Vermögensverwaltung verbundenen Vormundschaft und Curatel, selbst bei der mütterlichen, hervor; dagegen können wir die im römischen Rechte vorgeschriebenen Formen der Inventurserrichtung allerdings mit Stillschweigen übergehen, da diese Formen schon im frühen Mittelalter mannigfache Modificationen erlitten haben [1]).

Nach älterem deutschen Rechte fand sich dagegen von der Errichtung einer eigentlichen Inventur keine Spur, und nur die Verpflichtung des Vormundes zur Sicherheitsbestellung an den Mündel und zur Rechnungslegung über die Vermögensverwaltung brachte es dazu, daß auf irgendwelche Weise festgestellt werden mußte, was der Vormund in seine Hände bekommen hatte [2]).

Dagegen war seit der Einführung des römischen Rechtes in

---

[11]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 41.
[12]) Ebenda, §. 42.
[1]) Rudorff II, S. 243.
[2]) Kraut II, S. 54.

Deutschland die Inventurserrichtung allgemeines Recht geworden und gründete sich in der Folge auf die Vorschriften der Reichspolizeiordnungen, „daß der Vormund nach bevohlener Verwaltung von allen Gütern, liegend oder stehend, Schuld-Brieff oder Register, ein Inventarium aufrichte“ [3]).

An die Vorschriften des römischen Rechtes und der genannten Reichsgesetze schlossen sich auch die particularen Vorschriften Niederösterreichs über das gerhabliche Inventarium an.

Die älteste Vorschrift aus dem 16. Jahrhunderte finden wir in Niederösterreich in den Wiener Freiheiten vom 12. März 1526; dort — also noch lange vor Erlassung der reichsgesetzlichen Bestimmungen — findet sich nämlich die Bestimmung, „daß dem Gerhaben alle Güter in liegenden und fahrenden mit aufrichtigen Inventarien eingeantwortet werden sollen“ [4]).

Deutlicher und ausdrücklicher schrieb schon die österreichische Reform guter Polizei vom Jahre 1552, „daß durch die Obrikheit oder Gericht tauglich geschickht und unverdechtig Commissarien gesetzt und ain ordentlich Inventarium aller brieflichen urkhunden, Schulden, ligender und varender Gütter aufgricht und verfertigt werden soll; und daß, was auch nach aufrichtung solcher Inventurs erkhaufft, erfragt, ererbt oder mit Recht überkommen wirdet, alles glaubwürdig zu dem Inventario gebracht werden soll“ [5]).

Die genannte Polizeiordnung hatte auch offenbar die Vorschriften des römischen Rechtes vor Augen, nach welchen der Vormund vor Errichtung der Inventur die Verwaltung des Vermögens gar nicht in die Hände bekommen, nach welchen ferner der Pflegling im künftigen judicium tutelae gegen den Vormund, der keine Inventur errichtete, zum Schätzungseide zugelassen, der Vormund selbst aber abgesetzt werden konnte [6]); denn es bestimmte dieses Gesetz ausdrücklich, „daß, wenn der Gerhab das nicht thäte, er von stundan als verdächtlich von der Gerhabschafft abgesetzt, und wo Er vermuetlich oder beweißlich etwas verhalten und veruntrewt hette, alßdann mit Straff und allen behelffen des Rechtens, als per Juramentum in litem, dasselb den Pupillen widerzukheren, Condemnirt werden soll“ [7]).

---

[3]) Reichspolizeiordnung von 1548, Titel 31, §. 3, und von 1577, Titel 32, §. 3.

[4]) Codex austr. II, S. 490.

[5]) Oesterr. Reform guter Polizei, Fol. XXv. Siehe auch die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, a. a. O., S. 559, in welcher die Bestimmungen der Polizeiordnung von 1552 aufgenommen und noch verfügt wurde, daß die Inventur in zwei gleichlautenden Exemplaren angefertigt, deren eines bei der Obrigkeit und das andere beim Gerhaben aufbewahrt werden solle.

[6]) Rudorff II, S. 247.

[7]) Oesterr. Reform guter Polizei, Fol. XXv.

Das gerhabliche Inventarium erhielt sich selbstverständlich unverändert nach den Grundsätzen des Gesetzes von 1552 und den Grundsätzen des römischen Rechtes bis zu dessen neuerlicher Regelung in der Gerhabschaftsordnung, eine Thatsache, die uns Suttinger durch Allegirung einer Entscheidung vom 24. December 1648 beweist, welche den Grundsatz neuerdings aussprach, „daß ein jeder Gerhab oder Administrator bonorum alterius schuldig sei, alle dem Pupillen gehörigen Sachen, Activen und Schulden in dem Haubt-Inventario beschreiben zu lassen, und daß, wenn der Vormund dergleichen was unterlasse, non solum tenetur ad restitutionem, sed ad omne interesse et admittitor pupillus, ut juret contra ipsum in litem propter dolum [8]).

Die niederösterreichische Regierung hat im Jahre 1656, als sie zur Anlegung eines Waisenbuches geschritten war, auch eingehende Verfügungen über die Inventurserrichtung getroffen und namentlich bestimmt, „daß hinfüro die Gerhaben nicht nur (wie bisher — im offenbaren Gegensatze zur Polizeiordnung von 1552 — gebräuchlich gewesen) wegen ihrer Pupillen Vermögen um Bericht vernomben, sondern vor ersten, ob die Sperrcommissarien ein Inventarium eingereicht, bei der Kanzlei nachgesehen werden solle; wenn sich aber bei der Kanzlei kein Inventarium befinde, solle sodann nicht nur Bericht des Vermögens halber, von denen Gerhaben abgefordert, sondern ihnen auferlegt werden, das Inventarium unter ihren Handschrifften und Petschafften (bei der) Regierung einzureichen, oder aber zum Fall auch bei ihnen keines vorhanden wäre, solches alsdann zu berichten“ [9]).

Wiewohl schon diese Stelle aus den Normalien der n. ö. Regierung deutlich zeigt, in welch' nahem Zusammenhange das gerhabliche Inventarium mit dem in Oesterreich immer allgemeiner werdenden Verlassenschaftsinventarium schon damals stand, so wollen wir dennoch diesen Umstand weiter unten einer besonderen Besprechung vorbehalten, um vorläufig auf die eingehenden Bestimmungen der Gerhabschaftsordnung überzugehen.

Dieses Gesetz hatte einen eigenen, nämlich den achten Titel dem Inventar gewidmet und vor Allem bestimmt, daß, „sobald ein Gerhab die Pflicht und Caution in denen Fällen, wo er davon nicht erlassen oder befreyet, abgelegt und geleistet habe er dahin gedenken müsse, daß er seiner Verwaltung einen rechten Grund lege, welcher dann in Aufrichtung einer ordentlichen Inventur über deß Pupillen Gut bestehe“ [10]).

„Der Gerhab soll,“ in Gemäßheit dieses Grundsatzes,

[8]) Suttinger unter dem Schlagworte „Gerhabliche Inventuren“, S. 270.

[9]) Suttinger, S. 866.

[10]) Gerhabschaftsordnung, III. Titel, §. 1.

„wenn er der erste Gerhab ist, alsobalden vom Gericht ein Inventarium oder treu- und eigentliche Beschreibung aller deß Pupillen Haab und Güter ligends und fahrends, nichts außgenommen, aufrichten lassen und denselben nach deß Pupillen Gut übernehmen“ [11]) — eine Vorschrift, welche auch der Vater in Ansehung des seinen Kindern zugefallenen Vermögens zur Verhütung künftiger Strittigkeiten zu beobachten hatte [12]).

In drei Fällen war jedoch dem Gerhaben die Errichtung eines Inventariums überhaupt oder doch eines gerichtlichen Inventariums nach der Gerhabschaftsordnung erlassen: erstens wenn er von dem Vater, Anherrn oder Uranherrn des Pupillen im letzten Willen aller Verrechnung entlassen worden war und die Obrigkeit dawider erhebliche Bedenken nicht erhob; zweitens wenn der Landesfürst den Vormund von der Rechnungslegung enthob [13]); drittens endlich, wenn die Eltern den Vormund zwar nicht von der Verrechnung enthoben, wohl aber in ihrem letzten Willen die Inventur ausdrücklich verboten oder die Gerhaben davon entbunden hätten [14]); in den beiden erstangeführten Fällen fand die Errichtung eines Inventariums nach der Gerhabschaftsordnung gar nicht statt; in dem letzteren Falle dagegen sollte die Inventur zwar nicht unterlassen, aber nur „unter der Freundschaft“ vorgenommen werden, eine Vorschrift, welche freilich auch dann unpraktisch wurde, wenn sich der Vormund Namens des Pupillen cum beneficio legis et inventarii erbserklärte, da sodann eine gerichtliche Inventur nothwendig fürgekehrt werden mußte.

Ueber die Form der Inventurserrichtung enthielt die Gerhabschaftsordnung keine detaillirten Vorschriften; sie verwies lediglich auf den 28. Titel des III. Buches der Landesordnung, welche indeß weder gleichzeitig noch nach der Gerhabschaftsordnung zur Publication gelangte, so daß gesetzliche Bestimmungen über die Inventursvornahme auch später nicht erflossen sind [15]); es wurde nur noch in der Gerhabschaftsordnung bemerkt, daß, wenn das Eigenthum eines Gegenstandes zweifelhaft sei, derselbe in das Inventarium aufgenommen und der Zweifel dabei angemerkt [16]), und daß, wenn nach aufgerichtetem Inventarium etwas

---

[11]) Gerhabschaftsordnung, III. Titel, §. 2.
[12]) Ebenda, §. 5.
[13]) Ebenda, §. 4.
[14]) Ebenda, §. 6.
[15]) Ebenda, §. 10. Daß unter die in diesem Paragraphe bezogene Landtsordnung nicht der Entwurf der n. ö. Landtsordnung vom Jahre 1573 — welcher ja niemals Gesetz wurde — verstanden werden kann, erhellt vor Allem schon daraus, daß dieser Entwurf vom Inventarium im III. Buche, 33. Titel handelt.
[16]) Ebenda, §. 8.

Neues vorkomme, dies vom Gerhaben dem Gerichte angezeigt und dem Inventarium getreulich hinzugefügt werden solle[17]).

Auf die dolose oder fahrlässige Unterlassung der Inventurserrichtung setzte die Gerhabschaftsordnung[18]) die doppelte Strafe, daß der Vormund als verdächtig der Gerhabschaft entsetzt und nichtsdestoweniger zur Erstattung aller Schäden und Unkosten, so viel deren entweder die hernach verordneten Gerhaben oder der Pupille selbst nach erreichter Vogtbarkeit mit einem leiblichen Eid betheuern oder sonst erweisen könne, angehalten werden solle.

Die älteren Schriftsteller, Weingärtler und Beckmann, welche von den gerhablichen Inventarien sprechen, beziehen sich im Allgemeinen nur auf die Vorschriften der Gerhabschaftsordnung[19]) rücksichtlich der Inventurserrichtung; allein die meisten, namentlich die späteren Schriftsteller, wissen von einer eigentlichen gerhablichen Inventur wenig mehr zu erzählen, da — wie dies schon die obangeführte Verordnung der Wiener Regierung aus dem Jahre 1656 nachweist — die Nachlaßinventur in den meisten Fällen die vormundschaftliche Inventur ersetzte, die Nachlaßinventur aber aus zwei hauptsächlichen Gründen sich immer mehr ausdehnte, so daß durch eine lange Zeit nahezu sämmtliche Verlassenschaften von Amtswegen, selbst ohne Rücksicht auf ein Begehren der Erben inventirt wurden.

Die Ursachen, aus welchen ein Nachlaßinventarium in den allermeisten Fällen errichtet wurde, waren erstens die Verpflichtung der Wittfrauen zur Inventurserrichtung, welche sich ihre weiblichen Vortheile und Freiheiten sichern wollten, und zweitens die immer weiter um sich greifende Entwickelung der Nachlaßsperre.

Auf beide Punkte obliegt es uns etwas näher einzugehen, um darzustellen, wieso es kommen konnte, daß in Oesterreich später die Inventur lediglich mehr als ein Act des Gerichtes angesehen werden konnte, zu welchem nach dem Josefinischen Gesetzbuche der Vormund sogar nicht einmal mehr zugezogen zu werden brauchte.

Es ist abermals Walther[20]), welcher zuerst der Verbindlichkeit der Witwe gedenkt, ein Inventar des Nachlasses ihres Ehegatten dann aufzurichten, „wenn sie in Gemäßheit des Heirathsbriefes die verlassene Hab und Güter ihres Ehemannes bis zu ihrer Abfertigung innehaben, nutzen und genießen will", widrigenfalls sie nach Walther's Ausspruch ihre weiblichen Freiheiten verwirkt haben soll".

---

[17]) Gerhabschaftsordnung, III. Titel, §. 9.
[18]) Ebenda, §. 7.
[19]) Weingärtler, S. 22; Beckmann, S. 517.
[20]) Walther, trac. III, cap. XIV; bei Suttinger S. 970.

Uebereinstimmend sprach sich hiemit die Reform guter Polizei aus [21]), welche noch deutlicher sagte, daß die Witwe, welche in solchem Falle die Inventurserrichtung unterlasse, das Unterpfand an den Gütern ihres Ehemannes verliere, welches ihr rücksichtlich ihrer eherechtlichen Forderungen zustand.

Auch Suttinger bezieht sich auf eine Entscheidung vom 18. Mai 1526 [22]), wonach die Witwe, wenn sie kein Inventarium errichtet und den Kindern keinen Gerhaben begehrt, alle Verlassenschaftsschulden zahlen soll, — und sämmtlichen älteren österreichischen Schriftstellern, zum Beispiele Finsterwalder und Beckmann, ist dieser Rechtsgrundsatz vollkommen geläufig [23]).

Mußte schon dieser Eine Umstand viel dazu beitragen, daß die unmittelbar nach dem Todesfalle des Erblassers von der Witwe auf ihr Begehren aufgenommene Inventur die Basis der obervormundschaftlichen Gestion wurde, so trug hiezu noch vielmehr die allgemeine Ausdehnung der Nachlaßsperre und die dadurch nothwendig gewordene ausnahmslose Inventirung sämmtlicher Verlassenschaften bei, so daß von da angefangen, von einem eigentlichen gerhablichen Inventarium nicht mehr viel die Rede sein konnte, vielmehr die Vormundschaftsbehörde das Nachlaßinventarium selbst als Basis der Nachlaßvertheilung betrachtete und erst nach vollzogener Erbtheilung die nach Zahlung der Schulden und Legate erübrigende reine Verlassenschaft dem Gerhaben ausantwortete.

Auf diese Weise konnte und mußte es kommen, daß die Inventurserrichtung schließlich gar nicht einmal mehr als ein Act des Vormundes oder als ein Act, bei dessen Vornahme die In-

---

[21]) Reform guter Polizei von 1552, Fol. XXIII. „Wann aiu Rechte oder Stieff Muetter des Pupillen von iren verstorbenen Ehemann ain gemain underpfandt aller Guetter hat, wie denn an mehr Orten gepreuchig ist, soll solche Rechte oder Stieffmuetter allsbald nach ires Ehemanns abgang aller ligender und varender Guetter, ain ordentlich unverdächtig Inventarium aufzurichten schuldig und verpunden sein, wo Sy aber solches nicht thäte, soll Sy das Underpfandt mit solcher verdächtlichkait verwircht haben, Doch Ir vorbehalten sei, jre ander gerechtigkhait zu den Guettern zu suechen wie Recht ist."

[22]) Suttinger, S. 359.

[23]) Finsterwalder, Liber IV, Obs. XIV de viduarum Jure in bonis pradefuncti mariti S. 93 u. ff., besonders S. 99 und 100; Beckmann unter dem Schlagworte „Wittiben", S. 561: „Es ist nach dem Inner-Oesterreichischen Landesgebrauch die gemeine praxis, daß die Heyrathsbriefe in favorem dotis et mulierum, regulariter cum illa clausula gestellt werden, daß im Falle der Hauswirth sollte mit Todt abgehen, soll die Wittib so lang ihres verstorbenen Hauswirths verlassene Haab und Guetter innehaben, dieselbigen nutzen und genieſſen, biß sie von des verstorbenen Mannes Erben, laut ihres Heyrathsbriefes völlig abgefertigt wird . . Es soll aber die Wittib alsofort bey Absterben ihres Hauswirths bey der Obrigkeit um die Sperr und Inventur der Verlassenschaft anhalten, ne alioquin sit praesumtio contra viduam quod dolose in relicta mariti hereditate versetur.

tervention des Vormundes nothwendig sei, angesehen wurde, und daß alle Vorschriften über Inventurserrichtung das Benehmen der Gerichte und ihre Abgeordneten allein betrafen[24]).

Die Gesetze des 18. Jahrhunderts betonten es immer deutlicher, daß die Inventur nicht so sehr Sache der Gerhaben, als des Gerichtes sei; die Stadt Wiener Pupillen Rait-Kammer Reformation[25]) ließ zwar noch neben der gerichtlichen Inventur der den Pupillen zugefallenen Erbschaft und Vermächtniß „getreuliche Beschreibungen unter der Freundschaft" zu, allein über die Richtigkeit derselben hatte der Stadtrath ex officio nobili zu

---

[24]) Ueber die allgemeine Ausdehnung der Nachlaßsperre und der Inventurserrichtung siehe Chorinsky, Notariat und Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich, 1877, S. 20—74. Die Abhandlung als Auseinandersetzung des Erbvermögens hat sich nach den in diesem Werke angeführten Quellen im Erzherzogthum Oesterreich zuerst bei den Geistlichen und Universitätsmitgliedern sowie bei den Unterthanen herausgebildet: bei allen diesen Classen von Einwohnern fand die Sperre und Inventirung des Nachlasses stets von Amtswegen statt.

Als sich die Abhandlung auf höhere Stände ausdehnte, hat allerdings, nach Suttinger's (S. 776) und Reutter's (S. 11) Zeugnissen, die Sperre selbst an Strenge nachgelassen, und hat sich die Sperre zur Erhaltung der Jurisdiction, zur Jurisdictionssperre als symbolischen Act abgeschwächt; nichtsdestoweniger scheint denn doch nach Reutter's Zeugnisse im 17. Jahrhunderte jede Verlassenschaft von Amtswegen inventirt worden zu sein, so daß Suttinger die Entscheidung vom 2. April 1629 (S. 359) bringen konnte, daß die Aufrichtung einer Nachlaßinventur noch kein untrügliches Zeichen davon sei, daß der Erbe nur cum beneficio legis et inventarii Erbe sein solle, da ja der Erbe vielleicht diese Rechtswohlthat gar nicht in Anspruch nahm.

Nachdem dann gezeigtermaßen die Sperrrelation die petitio necessaria et voluntaria zu ersetzen begann, ist es sehr natürlich, daß das Verlassenschaftsinventarium zugleich das gerhabliche Inventarium wurde, und nachdem die Inventurserrichtung im 17. und 18. Jahrhunderte sich nahezu auf alle Nachlässe erstreckte, ist es begreiflich, daß die Pflicht des Vormundes, die Inventur errichten zu lassen, praktisch überflüssig wurde, weil das Gericht von Amtswegen für die Nachlaßinventur sorgte.

Zu dem bereits von mir in dem obigen Werke angeführten Zeugnisse über die Entstehung der Jurisdictionssperre und der allgemein werdenden Inventurserrichtung ist insbesondere noch Vossius (S. 158) anzuführen, welcher genau berichtet, daß die Abhandlung im Mortuarium und Abfahrtsgelde ihren Ursprung habe.

Daß die Inventurserrichtung bei den Unterthanen sich fortwährend ungeändert erhielt, ist in meinem Buche deutlich nachgewiesen.

Siehe übrigens auch über diese Materie Bannizа, S. 98. Auch Donner, S. 18. Letzterer Schriftsteller bemerkt zu der Gesetzesverfügung, daß der Gerhab, welcher die Errichtung der Inventur unterlasse, abgesetzt werden solle, daß dies wohl nicht möglich sei, weil die Obrigkeit von Amtswegen dafür sorgen müsse; eben diese amtliche Sorge, beziehungsweise diese Errichtung der Inventur ohne Begehren des Gerhaben, von welcher in der Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 noch keine Spur ist, hat sich nur in der Verlassenschaftsabhandlung entwickelt.

[25]) Codex austr. I. Suppl.-Bd., S. 787.

inquiriren und namentlich bei sich äußernder Gefahr und Pflichtheilsverletzung die Sperre rigorose zu bestellen und zur gerichtlichen Inventur zu schreiten.

Entschieden aber bestimmte die Gerichtsinstruction vom 9. September 1785, daß die Verlassenschaftsinventur von Amtswegen vorzunehmen sei, wenn den Erben oder auch nur Einem unter ihnen wegen Alter oder anderer Ursachen die freie Schaltung mit ihrem Vermögen nicht gestattet sei[26]), und daß die Schuldscheine und Pretiosen der Minderjährigen sogleich in die gerichtliche Verwahrung gegeben werden sollen[27]).

Unter solchen Umständen kann es nur als eine logische Consequenz erkannt werden, daß das Josefinische Gesetzbuch die Beschreibung des Waisenvermögens als ein Recht der Vormundschaftsbehörde erklärte; daß es verfügte, daß die Inventurserrichtung nicht bis zur Vormundschaftsbestellung zu verschieben, und daß die Gegenwart des Vormundes bei der Inventurserrichtung gar nicht nothwendig sei, und ihm nur nicht verwehrt werden könne, derselben beizuwohnen[28]).

Ebenfalls setzte sich die durch die Inventurserrichtung begonnene gerichtliche Verwaltung des Waisenvermögens dadurch fort, daß das Waisenvermögen, mit Ausnahme der gerichtlich zu verwahrenden Schuldbriefe, Quittungen und anderen Urkunden, wie auch der Juwelen und anderer Kostbarkeiten[29]) vom Gerichte dem Vormunde eingeantwortet werden solle[30]).

Was die Art der Inventurserrichtung betrifft, so schrieb das Josefinische Gesetzbuch eine dreifache Ausfertigung der Urkunde vor, deren eine bei den Verlassenschaftsschriften, die zweite bei dem Waisenbuche aufbewahrt, während die dritte dem Vormunde zugestellt werden sollte. Anfall neuen Vermögens und Abgang des vorhandenen war jedesmal in der Inventur anzumerken[31]).

Die Inventur galt übrigens als Realact, folglich mußte das Realgericht requirirt werden, wenn das Gut des Mündels unter einer anderen Gerichtsbarkeit lag und hatte dasselbe der Vormundschaftsbehörde blos eine Abschrift der Inventur zu senden; lagen Güter in anderen Provinzen, so daß verschiedene Vormundschaftsbehörden einschritten, so inventirte jede Obervormundschaft das unter ihrer Jurisdiction gehörige Vermögen; nur mußte das Vermögen, was aus einer Provinz in die andere übertragen wurde, in der Inventur ab- und zugeschrieben werden[32]).

---

[26]) Kais. Patent vom 1. September 1785, Nr. 464 J. G. S., §. 34.
[27]) Ebenda, §. 48.
[28]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 45.
[29]) Ebenda, §. 69.
[30]) Ebenda, §. 46.
[31]) Ebenda, §. 43.
[32]) Ebenda, §. 44.

Blicken wir einen Augenblick zurück, so werden wir auch in der Lehre von der Antretung der Vormundschaft den bereits angedeuteten Entwickelungsgang des österreichischen Vormundschaftsrechtes wiederfinden.

Ebenso wie die richterliche Bestellung, beziehungsweise Confirmation der Vormünder nahezu die Bedeutung der anderen selbstständigen Delationsgründe der Vormundschaft aufzehrte, ebenso setzte sich die gerichtliche Ingerenz von Anfang bei der Führung der Vormundschaft fest; die Caution des Vormundes verblaßte, weil das Gericht von Amtswegen zu sorgen hatte, daß es einer Cautionsleistung nicht bedürfe; die juratorische Caution ging allmälig in der Pflichtangelobung des Vormundes auf; die Inventur des Mündelgutes, welche der Vormund nachsuchen und veranlassen sollte, rücksichtlich alles dessen, was er in Händen hatte, kehrte sich dahin um, daß das Gericht den Besitz des Mündelgutes ergriff, die wichtigsten werthvollsten Gegenstände verwahrte und das andere Vermögen nach der Inventurserrichtung und nach Maßgabe derselben dem Vormunde übergab.

Die Selbstständigkeit des Vormundes war ganz untergegangen; er befand sich dem Gerichte gegenüber in der Stelle eines angestellten Verordneten zu der vorgesetzten Stelle, und wenn wir wahrnehmen, daß dieses Verhältniß des Vormundes zu dem Gerichte bei der unterthänigen Person das Althergebrachte war, so werden wir auch hier neuerdings eine Bestätigung unserer Behauptung finden, daß gerade die Generalisirung der bei den Unterthanen gewohnheitsrechtlich erwachsenen Rechtsformen und deren Ausdehnung auf alle oberen Stände den Hauptcharakter der Rechtsentwickelung des Vormundschaftswesens bildete und im Josefinischen Gesetzbuche zum Abschlusse gelangte.

V. Capitel.

Sorge für die Person des Mündels.

1. Einleitung.

Hatten wir bisher die Aufgabe, die Altersstufen, die Grenzen der Mündigkeit, Vogtbarkeit und Volljährigkeit, die Formen und Organe des vormundschaftlichen Schutzes und die Entstehung und Antretung der Altersvormundschaft in der rechtsgeschichtlichen Entwickelung in Oesterreich darzustellen, so obliegt es uns nunmehr, auf den Inhalt dieses Schutzes überzugehen, welchen das Recht den unvogtbaren Personen sichert; denn der Inhalt dieses Schutzes bestimmt nicht nur in erster Linie die

Pflichten des vormundschaftlichen Amtes, sondern er erzeugt und begrenzt auch die Rechte des Vormundes.

Für unsere Periode bestimmt sich das Wesen der Vormundschaft am besten durch die Benennungen cura und Sorge; denn nicht mehr wie nach älterem römischen Rechte beschränken sich die wesentlichen Pflichten des Vormundes auf die Ertheilung seines Vollwortes, auf die Interposition seiner auctoritas, auch nicht mehr, wie nach älterem deutschen Rechte, auf die Vertretung des Mündels mit Waffen und vor Gericht, sondern das Wohl des Mündels im Ganzen und Großen ist es, dessen Begründung, Erhaltung und Förderung nunmehr dem Vormunde anvertraut wird, so daß der Vormund ausdrücklich und stillschweigend mit dem Vater oft verglichen wird.

Des Königs Schutz soll allen Schutzbedürftigen zu Theil werden: Denjenigen, die eine Familie haben, um die Familie in ihren Obliegenheiten zu unterstützen, wohl auch um die Mündel erforderlichenfalls selbst gegen die Familie zu schützen; und Denjenigen, die keine Familie haben, um ihnen den Abgang dieser natürlichen Schutzgenossenschaft zu ersetzen; denn der König ist ja nicht blos der Vater seiner Unterthanen, sondern ebenso — nach zahlreichen Quellenstellen — der oberste Vormund aller Schutzbedürftigen.

Und dieser Königsschutz hat in unserer Periode eine große Ausdehnung nach allen Richtungen erfahren: in die Länge durch die wiederholt erfolgte Erweiterung der Vogtbarkeits-, rücksichtlich Volljährigkeitstermine; in die Breite durch die umfassende Organisation der Vormundschaftsbehörden und der denselben vorgesetzten Instanzen, und ganz besonders in die Tiefe, da nunmehr durch die Bevormundung alle geistigen und materiellen Interessen des Mündels geschützt, seine religiöse und sittliche Erziehung überwacht, die Ausbildung zu einem entsprechenden Lebensberufe geleitet, die Standeswahl des Mündels sorgfältig geprüft und zur besseren Erreichung aller dieser Zwecke das Vermögen des Mündels erhalten, gesichert und vermehrt werden soll.

Schutz und Schirm können ohne bedeutende Macht nicht wirksam werden, und je bedeutender die Macht ist, um so näher liegt es ihr, stets nach größerer Ausbreitung zu streben; der gute, der beste Wille, das höchst Erreichbare möglichst schnell zu verwirklichen, hat vielfach zur Folge, daß die Macht den Zweck nicht anders als durch eine unmittelbare Einwirkung bis in das Einzelne erreichen zu können glaubt. Zu diesem Zwecke werden entweder Organe neugeschaffen oder bestehende herangezogen und vielfach mit den complicirtesten Einrichtungen ausgestattet; dann tritt Vielregiererei leicht an die Stelle der großartig gedachten obersten Leitung des Rechtsinstitutes; die Bevormundung trifft

sodann nicht so sehr die Mündel als die Vormünder; streng bureaukratische Einrichtung setzt sich an die Stelle der großen Grundsätze, welche bisher, Grundpfeilern gleich, das Gebäude getragen hatten, und es erscheinen in großer Zahl Verordnungen, Normalien und Formularien, welche die Thätigkeit des Vormundes und Obervormundes oft vielmehr erlahmen als fördern und unterstützen, so daß an Stelle der starken, einfachen, steinernen Grundpfeiler ein complicirtes hölzernes Gerüste tritt, das, ungeachtet seiner complicirten Einrichtung, dem Gebäude die ursprüngliche Festigkeit und Tragfähigkeit zu geben nicht vermag.

Die Familie ist bureaukratischer Einrichtung unzugänglich; ihr Einfluß verschwindet daher gänzlich mit den geänderten Formen des vormundschaftlichen Schutzes; der Vormund — ein bloßes Executivorgan der Vormundschaftsbehörde — muß mehr Mühe auf die Einhaltung der vorgeschriebenen Formen, als auf die Erfüllung seiner eigentlichen Pflicht verwenden, und die Obervormundschaft wird durch die Verordnungen, Normalien und Formularien und durch die daraus resultirende Complicirung des Geschäftsganges genöthigt, den größten Theil der Sorge, welche sie dem Wohle der Mündel selbst zuwenden sollte, auf die aufmerksame und fleißige Einhaltung der vorgeschriebenen Formen zu verwenden.

Wohl mögen sich die Folgen solcher Veränderungen so grell nicht zeigen, so lange die Vormundschaftsbehörden selbst noch passend gewählt sind, so lange insbesondere ihr territorialer Umfang klein ist und ihnen daher die unmittelbare Kenntniß der Verhältnisse der Einwohner hilfreich zur Seite steht.

Wenn aber die Organe, auf welche diese Einrichtung des vormundschaftlichen Schutzes basirt war, untergehen, wenn den neugeschaffenen Obervormundschaften größere Territorien unterworfen werden und aus dieser und aus anderen Ursachen die persönliche Bekanntschaft mit den Verhältnissen des Mündels den genannten Behörden immer mehr abhanden kommt, so daß auch das Analogon eines Pflegschaftsrathes aus der Institution der Obervormundschaft schwindet, dann bleiben nur mehr die Formen der complicirten Einrichtung über, und die Möglichkeit der Erreichung des Hauptzweckes der Vormundschaft — die Beförderung des Wohles des Mündels — rückt in eine immer weitere Entfernung.

Nicht ohne Grund haben wir diese Bemerkungen demjenigen Abschnitte unserer Schrift vorausgesandt, welcher sich dem Inhalte des vormundschaftlichen Schutzes zuwenden soll; es sollte gedrängt und lebhaft der Eindruck wiedergegeben werden, der sich des Beobachters bemächtigt, wenn derselbe die Entwickelung des vor-

mundschaftlichen Schutzes an der Hand der Rechtsquellen unseres Landes in den letzten drei Jahrhunderten betrachtet, wenn anders der Beobachter unbefangen genug ist, um den Werth organischer Einrichtungen nicht nach der Menge und Länge der erlassenen Verordnungen zu bemessen; wir haben diese Bemerkungen an dieser Stelle eingefügt, um zu zeigen, daß die wachsende bureaukratische Einrichtung des vormundschaftlichen Schutzes vielfach dazu führte, daß der Inhalt an Tiefe verloren und die Ausdehnung in die Breite zugenommen hatte.

Gehen wir nach diesem Excurse auf unser eigentliches Thema über, so werden wir nicht umhin können, vor Allem auf die gleichzeitige Rechtsentwickelung in Deutschland einen vergleichenden Blick zu werfen, und dies nöthigt uns, abermals in Kurzem auf die doppelten Quellen des neuen deutschen Rechtes, auf das römische und das deutsche Recht im engeren Sinne, zurückzukommen.

Nach Justinianischem Rechte hatte die Obervormundschaft und nicht der Tutor oder Curator den Aufenthalt und den Erzieher des Pupillen zu bestimmen; doch fungirte in solchen Fällen an Seite des Prätors, an Stelle der sonst gewöhnlichen consiliarii und assessores, ein Familienrath, in welchem auch dem Vormunde eine berathende Stimme zustand. Niemals durfte die Erziehung einer Person anvertraut werden, welche wegen einer zu hoffenden künftigen Succession nicht frei von jedem bösen Verdachte war; besondere Rücksicht wurde auf die Anordnung des Vaters genommen, wiewohl der Prätor an dieselbe nicht unbedingt gebunden war; außerdem hatte die Mutter das Erziehungsrecht, welches sie seit Alexander Sever durch die Wiederverehelichung verlor. War keine Mutter vorhanden oder konnte sie die Erziehung nicht übernehmen, so wurde der Erzieher aus den Cognaten, Affinen und Freigelassenen des Erblassers gewählt oder in deren Ermanglung die Erziehung fremden Personen überwiesen; war der Pupille endlich ganz verarmt, so wurde er in eine Stiftung oder in ein Waisenhaus untergebracht, dessen Vorsteher sodann die Stelle des Vormundes zu vertreten hatte.

Die Erziehung endete nach römischem Rechte regelmäßig mit der Pubertät; bei den in öffentlichen Anstalten untergebrachten Waisenkindern aber erst mit der plena pubertas [1]).

Nach älterem deutschen Rechte bestand des Vormundes wesentliche Pflicht in der Vertretung des Mündels in der Fehde und vor Gericht [2]), und in Folge dessen hatte der Vormund auch das Recht, die an dem Mündel verwirkten Compositionen einzu-

---

[1]) Rudorff II, S. 259—245.
[2]) Kraut II, S. 3; I, S. 24—33.

fordern[3]); der Vormund hatte das Recht, sich der Person und des Vermögens des Mündels zu unterwinden, bestimmte dessen Erziehung, und nach sächsischem Rechte stand es ihm selbst zu, der leiblichen Mutter die Erziehung entweder anzuvertrauen oder zu entziehen[4]); endlich hatte er ein, wiewohl durch den Einfluß der compositionsberechtigten Familie nicht unbeschränktes, Strafrecht über die Person des Mündels[5]).

Umfassender hatte sich die Sorge des deutschen Vormundes für die Person der Pupillen bereits am Beginne unserer Periode gestaltet; die Einflüsse des römischen Rechtes sowohl wie die Idee des Königsschutzes brachten es mit sich, daß die Sorge für die Person des Pupillen dem Vormunde zur besondern Pflicht gemacht wurde, dessen Befugnisse aber größere waren als nach römischem Rechte.

Nach neuem deutschen Rechte hatte der Vormund selbst und nicht die Obervormundschaft die Erziehung des Mündels zu bestimmen; er sollte zwar auch zuerst den etwa geäußerten Willen des Vaters berücksichtigen und in Ermanglung einer solchen Aeußerung die Erziehung der Mutter, soferne dieselbe hiezu fähig war, und im anderen Falle den nächsten Verwandten des Mündels anvertrauen; es blieb aber der Vormund von dem Rechte, die Erziehung des Mündels zu bestimmen, selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn er der nächste Intestaterbe des Mündels war[6]).

Gehen wir nach diesem Ausblicke in's gemeine römische und deutsche Recht auf unser heimisches Recht über, so nöthigt uns die Fülle des Materials, welches wir besitzen, den Stoff dieses Abschnittes übersichtlich zu gliedern.

Vor Allem werden wir uns natürlich den allgemeinen Bestimmungen über die Erziehung des Mündels gegenüberstellen müssen und die Entwickelung des obervormundschaftlichen Einflusses auf diesen Punkt eingehender betrachten; besonders wird unsere Aufmerksamkeit gefesselt werden durch die Frage, in welcher Religion der Pupille auferzogen werden solle, und diese Frage steht in unserer Periode im innigsten Zusammenhange mit der weiteren Frage nach dem jeweiligen Aufenthaltsorte des Pupillen. Schließlich wird uns die Berufswahl des Mündels und deren Leitung durch die Vormundschaft besonders beschäftigen.

Außer den ebengedachten Punkten, welche wir in einem Abschnitte betrachten wollen, erheischen drei specielle Gegenstände eine abgesonderte Besprechung und eine eingehende Aufmerksamkeit,

---

[3]) Kraut I, S. 329—338.
[4]) Ebenda, S. 288—290.
[5]) Ebenda, S. 292—296.
[6]) Ebenda II, S. 125.

und zwar erstens die Eheschließung des Pupillen, zweitens der Eintritt in ein Kloster oder in den geistlichen Stand, und drittens endlich die Waisendienste, der sogenannte famulatus, welchen unterthänige Waisen nach mehreren durch die Gerhabschaftsorundng, den tractatus de juribus incorporalibus und durch andere Gesetze sanctionirten Bestimmungen den Grundobrigkeiten zu leisten hatten.

Es kann hiebei nicht unterlassen werden, zu bemerken, daß wir uns, anläßlich der eben bezeichneten Materie, stellenweise auf rechtshistorische Untersuchungen einlassen müssen, welche mit dem Vormundschaftsrechte selbst nicht unmittelbar im Zusammenhange stehen, deren Kenntniß aber zum Verständnisse des historisch erwachsene Rechtszustandes erforderlich ist.

2. Erziehung des Mündels überhaupt; Religion, Aufenthaltsort und Berufswahl des Mündels insbesondere.

Die Wiener Freiheiten vom Juli 1526 — für unsere Periode die älteste lex scripta — enthalten blos die kurze Bestimmung, „daß die Vormünder die Pflegekinder zu guten ehrbarem Wesen anweisen sollen[1]); deutlicher überliefert uns schon Walther im Tractatus aureus den Landtsbrauch rücksichtlich derer vom Adel- und Herrenstand.

„Der Landts-Brauch vermochte" — nach Walther —, „wenn einer mit Todt abging und unerzogene Kinder hinter ihme verließ, ob dann gleich sein verlassene Wittib, als der Kinder eheleibliche Mutter, ihren Wittib-Stand veränderte, daß nichtsdestoweniger die Kinder ihrer Zucht, so lange biß sie sieben Jahre ihres Alters erreichten, gelassen werden sollten. Es war auch die Mutter in solchen Fall nicht schuldig, auf ihre eigenen Unkosten die Kinder zu unterhalten, sondern die Unterhaltung sollte ihr von der Kinder Gut nach zimlichem Vermögen, durch die Gerhaben bezahlet werden, jedoch, wann die Gerhaben dem Herrn Land-Marschallen genugsame Ursach fürbringen mochten, warum die Kinder der Mutter Zucht nicht gelassen werden sollten, so stand es bei dem Land-Marschall, darinnen Einsehen und Verordnung zu thun[2])."

Wir begegnen in diesem Landsbrauche einem selbstständigen Rechte der Mutter auf die Erziehung, welches selbst durch die Gerhaben nicht, sondern nur durch den Landmarschall beschränkt werden konnte; freilich aber galt dieser Landsbrauch nur für die oberen Stände und erschien als deren Privilegium.

---

[1]) Codex austr. II, S. 490.

[2]) Walther, Tractatus aureus. Tract. III, cap. XII (bei Suttinger, S. 969).

Dem gegenüber war in der Reform guter Polizei vom Jahre 1552 der Einfluß des Vormundes auf die Erziehung der Pupillen ein ungleich größerer, wobei abermals hervorzuheben ist, daß dieses Gesetz nunmehr alle Stände betraf.

„Und sollen obernente Gerhaben alle jre Pupillen und Phlegkhinder, Leib, Haab und Guets getrewe und vleissige Vorsteer und Versorger sein, dieselbigen anfengclichen und vor allen Dingen zu der Eer und Forcht Gottes in der heiligen Christlichen Religion und zu gueter Erbarkhait, Tugent und Lernung guter Khunst auferziehen" — so schrieb das Gesetz, welches in die Hände des Vormundes, und zwar wesentlich unbeeinflußt durch die Obervormundschaft, die Erziehung der Pupillen legte[3]).

Zwar ist es keinem Zweifel unterworfen, daß der Vater bindende Vorschriften für die Erziehung seiner Kinder hinterlassen konnte, da ja eben dieses Gesetz sagte, „daß, wenn der Testierer in seinem Testament oder letzten willen seiner Khinder unnd verlassenschafft halben, sondere Ordnung gemacht und hindter seiner verlassen hette, es alßdann dabey auch bleiben solle, man befände denn spürliche und augenscheinliche verdächtlichkait, und schaden der Kinder, in welchem faal die sachen zur erleutterung und erkhantnus der Obrikhait oder Gerichts und der Raithandler gestelt sein solle"[4]); allein abgesehen von einer solchen Bestimmung blieb die Erziehung des Vormundes Sache, der die Mündel bei sich selbst behalten oder der Mutter anvertrauen konnte, wenn sie eines guten Wandels und Wesens war.

Letzteres sollte nun freilich regelmäßig „bei den Maideln oder Frewlein" geschehen; „die Khnaben" aber sollten, „alßbaldt Sy sovil erwachsen, das Sy die Schuelen besuechen und lernen mügen, zu der Schuel, oder wo die zu der Schuel nicht geschikht, zu lernung anderer Khünst und händl, davon Sy sich Erbarlich erneren mögen, oder doch zu Erbarrn Diensten" angehalten werden[5]).

Im Laufe der Zeit ging das Erziehungsrecht aus den Händen des Vormundes immer mehr in die Hände der Obervormundschaft über, und wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß die Gesetze des 17. Jahrhunderts, welche die Erhaltung des katholischen Glaubens vor Allem im Auge hatten, den Einfluß der Obervormundschaft wesentlich steigerten, so steht denn doch andererseits die Ausbildung der bloßen Ueberwachung einer Erziehung durch die Vormundschaftsbehörde bis zu einer gänzlichen Machtlosigkeit des Vormundes in Beziehung auf die Person des

---

[3]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XX.
[4]) Ebenda, Fol. XXIIIv.
[5]) Ebenda, Fol. XX.

Pupillen im innigen Zusammenhange mit dem Zuge einer Vielregiererei, welche in dieser Beziehung mit der religiösen Frage nichts zu schaffen hatte.

Die n. ö. Regierung, welche im Anfange des Jahres 1655 ein eigenes Waisenbuch aufgerichtet hatte, faßte am 22. Februar desselben Jahres zuerst einen Beschluß, welcher eine wesentliche Ingerenz der Vormundschaftsbehörde auf die Erziehung des Pupillen enthielt, wiewohl sich diese Ingerenz erst zu einer regelmäßigen Ueberwachung der persönlichen Verhältnisse des Pupillen erhoben hatte; es sollte nämlich die Regierung selbst von Viertel- zu Vierteljahr das Waisenbuch revidiren und nachsehen, wie und welcher Gestalt die Pupillen versorgt seien, ohne daß jedoch dem Vormunde das Bestimmungsrecht über die Person des Pupillen irgendwie entzogen worden wäre [6]).

Deutlicher trat schon der Einfluß der Obervormundschaft auf die Erziehung der Pupillen in der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 auf, welche im IX. Titel „von der Pupillen Auferziehung" handelte.

Dieses Gesetz bezeichnete es zwar auch als „deß Gerhaben erste und fürnehmste Sorge, daß er die ihm anvertrauten Pupillen in dem wahren Catholischen Glauben, in der Gottesforcht, Zucht, Ehrbarkeit und Erlernung guter Künst, oder sonst nach deß Pupillen Stand und Zuneigung erziehe" [7]) — aber die nähere Bestimmung der Erziehung war der Obrigkeit überlassen; denn selbst „wenn die Pupillen eine leibliche Mutter haben, welche eines guten Wandels ist, sollen ihr die Pupillen nur so lang es die Obrigkeit für gut ansiehet, zur Aufferziehung gelassen werden"; die Obrigkeit konnte aber der Mutter die Erziehung abnehmen, auch wenn die Mutter kein directes Verschulden traf; auch dann, „wenn die Pupillen anderwerts nur besser unterzubringen waren, oder wenn Knaben deß Studirens, Erlernung eines Handwerks oder anderer denen Pupillen zu gutem vermeinten Ursachen halber, an einen andern Orth verschikht werden müssen" [8]).

Haben die Pupillen keine leibliche Mutter mehr, „so sollten sie" — offenbar nach der Bestimmung der Obrigkeit — „entweder bei der Freundschafft oder an ein andern ehrlich-unverdächtig Orth in die Kost gethan werden, oder es konnte der Gerhaben einer selbsten sie zu sich in die Kost nehmen; nur sollte derselbe dabey keinen absonderlichen Gewinn suchen und zu dem Ende ihme (sich) das Kostgeld vom Gericht aussprechen lassen;

---

[6]) Suttinger, S. 868.
[7]) Gerhabschaftsordnung, IX. Titel, §. 1.
[8]) Ebenda, §. 2.

die (Pupillen), so kein Kost-Geld zu bezahlen hetten, mußten aber zu Diensten oder Handwerks-Lernung nach Beschaffenheit ihres Standes und Alters angehalten werden“ [9]).

Im 18. Jahrhunderte zeigte sich immer mehr und mehr die bureaukratische Einrichtung des Vormundschaftswesens selbst in allen jenen Beziehungen, welche die Person des Mündels betrafen, und wenn auch Anfangs diese Bestimmungen nur für einzelne Gerichte getroffen wurden, so erweiterte sich diese Regel nach und nach auf sämmtliche Obervormundschaften.

Zunächst verfügte schon die „Stadt Wiener Pupillen Raitkammer-Reformation“ vom 29. April 1715 für die Pupillen der Stadt Wien, „daß die Gerhaben entweder zu alljährlicher Relation über Erziehung ihrer Pupillen angehalten, oder wenn die Gerhaben des Lesens und Schreibens unkundig wären, im Beisein zweier aus dem Rath abzuordnender Commissarien befragt werden sollten, sowie daß kein Pupille oder Pupillin ohne Vorwissen des Stadt-Rathes als Obergerhaben zu einiger Standesveränderung, es sehe nun zum Geistlichen- oder Soldaten-Leben oder auch zum Heirathen gelassen, sondern derley Vorhaben dem Stadtmagistrate zur Untersuch- und Einwilligung oder Fürkehrung dessen, was dem Pupillen nützlich zu sein befunden wird, angezeigt werden solle“ [10]).

In ganz gleicher Weise, nur noch schärfer, drückte sich die Landmarschallische Gerhabschaftsordnung vom 3. April 1727 über denselben Gegenstand aus, „nach welcher die Vorsteher der Pupillen, minderjährigen Curandorum und Stiftungsgenossen von Jahr zu Jahr durch besondere Anbringen und Vorstellungen das Alter, die Auferziehung, die Kost- und Verpflegungs-Contracte, wie auch den Ort oder Wohnplatz, ingleichen die gute und schlechte Aufführung, Studien und Professionen dem Gerichte umständlich anzuzeigen und beyzubringen, annebenst über die von neuem erforderlichen Tractate, Veränderungen, Kost und anderweitigen Nothwendigkeiten, förderst aber über die Verschickung in oder außer Land die gerichtliche Ratification zu begehren und zu erwerben haben, als sonsten, ein so anderes ungültig und annullieret seyn solle“ [11]).

Was die „Stadt Wiener Pupillen-Rait-Cammer-Reformation“ für die Stadt Wien, was die landmarschallische Gerhabschaftsordnung für die zwei oberen Stände angeordnet hatte, das dehnte die Gerichtsinstruction für die deutsch-slavischen Erblande vom 9. September 1785, Nr. 464 J. G. S., auf alle Gerichte

---

[9]) Gerhabschaftsordnung, IX. Titel, §. 3.
[10]) Codex austr., Suppl.-Bd. I, S. 787.
[11]) Ebenda, Suppl.-Bd. II, S. 427.

aus, indem sie bestimmte, daß, „wenn ein Pupill seinen Aufenthalt verändern, einen Dienst erhalten, oder was immer für einen neuen Stand antreten wollte, von dem Vormunde die Anzeige zu machen und die gerichtliche Bewilligung einzuholen sei; daß das Gericht in solchen Fällen eine sorgfältige Untersuchung zu pflegen und mit väterlicher Aufmerksamkeit dasjenige vorzukehren habe, was zum Besten des Pupillen angemessen seyn wird“ [12]).

Das Josefinische Gesetzbuch enthielt über die Erziehung der Pupillen nur wenige Bestimmungen, und es war dies um so natürlicher, als die eben angeführten Anordnungen der Gerichtsinstruction vom 9. September 1785 durch das Josefinische Gesetzbuch in keiner Weise verändert werden sollten; vielmehr machte es eben die doppelte, parallel laufende Gesetzgebung, welche dieselben Gegenstände in einem, das materielle Recht, und in einem anderen, das Verfahren der Gerichtsstellen regelnden, Gesetze geordnet hatte, möglich, daß das materielle Recht nur die wenigsten Bestimmungen enthielt und die einschneidendsten Verfügungen der Gerichtsinstruction überließ.

Nach dem Josefinischen Gesetzbuche bestand der Unterschied zwischen Vormund und Curator darin, daß ersterer für die Personen, während der Curator für das Vermögen der Pupillen gegeben wurde [13]); deswegen galt es auch als die hauptsächlichste Pflicht des Vormundes nach Inhalt seines abgelegten Eides, daß er die Waisen ihrem Stande gemäß und gut erziehe, auch wider alle Bedrückung schütze [14]).

Die Erziehung der Waisen nicht in der Kindheit allein, sondern so lange, bis eine andere Erziehung nothwendig wurde, stand nach dem Josefinischen Gesetzbuche der Mutter zu, auch wenn sie zu einer neuen Ehe geschritten wäre, wofern anders wider sie kein Bedenken war; nur war es eine Pflicht des Vormundes, wo auch die Waisen immer erzogen werden, darauf Acht zu haben, und die gefundenen Gebrechen der Vormundschaftsbehörde anzuzeigen [15]); die Kosten der Erziehung bestimmte die Vormundschaftsbehörde nach den Umständen, ohne selbst an ein Ausmaß, welches in einem letzten Willen ausgesetzt wäre, gebunden zu sein [16]); das Capital selbst durfte zur Erziehung der Waisen aufgewendet werden, wenn dieselben durch einen größeren Aufwand in einen beständigen Versorgungszustand gesetzt werden konnten [17]); waren endlich die

---

[12]) Patent vom 9. September 1785, Nr. 464 R. G. Bl., 6. Abschn., §. 49.

[13]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 1.

[14]) Ebenda, §. 49.

[15]) Ebenda, §. 50.

[16]) Ebenda, §. 51.

[17]) Ebenda, §. 52.

Waisen ganz mittellos, so hatte der Vormund zu trachten, ihnen nebst dem nothdürftigen Unterhalt die Fähigkeit zu verschaffen, sich durch Dienen ihren Unterhalt selbst zu erwerben[18]).

Einer besonderen Beschränkung ist in Oesterreich stets die Versendung der Pupillen in fremde Länder und später sogar in fremde Orte unterlegen gewesen.

Schon die Reform guter Polizei aus dem Jahre 1552 bestimmte, „daß die Pupillen, so Knaben sein, welche etwa zu jren Alter kommen, von derselben Freundt und Gerhaben wegen Lernung der Sprachen, Studien und anderer Ursachen halber in frembde Landt und Ort nur mit vorwissen und Bewilligung der Obrigkeit, des Landmarschalls, Landshauptleut, Landesverwesers, der Grund- und Gerichtsherrn, des Vicedombs und in Städten und Märkten der Bürgermeister, Räthe und Richter und auch der nächsten Freundschaft verschickt werden durften“ [19]); allein im 17. Jahrhunderte sollten die Gesetze noch verschärft werden, um den Abfall der Pupillen vom katholischen Glauben zu verhindern, und um selbst die Pupillen akatholischer Landleute dem wahren Glauben zu erhalten.

Dieses Streben nach Erhaltung des katholischen Glaubens förderte das Gesetz „über Pupillen Vergerhab- und Versorgung“ vom 2. August 1631 [20]) zu Tage, welches freilich nur die zwei oberen politischen Stände und alle anderen dem landmarschallischen Gerichte unterworfenen Personen betraf; nach diesem Gesetze sollten alle unkatholischen (der landmarschallischen Jurisdiction unterworfenen) Pupillen sammt den Gerhaben und anderen Umständen dem Landmarschall bekanntgegeben und die Pupillen selbst auf Begehren dem Landmarschallischen Gerichte gestellt werden; testamentarische Anordnung akatholischer Erziehung sollte ebenso ungiltig sein, als wie die Anordnung der Väter, Gerhaben und Freunde, daß die Pupillen an unkatholische Orte versandt werden sollen; ebenso wurde bei gemischten Ehen der Contract, in welchem der katholische Ehegatte in die akatholische Erziehung der Kinder willigte, für unkräftig erklärt; endlich enthielt dieses Gesetz auch die weitere Bestimmung, daß in jedem Falle den (selbst unkatholischen) Müttern so im Lande bleiben, die Zucht und Education bis auf das siebente Jahr inclusive belassen werden solle, und daß das Landmarschallische Gericht diesen Termin auch verlängern könne.

Dasselbe Gesetz wurde am 10. November 1634 repetirt [21])

---

[18]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 53.
[19]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XX.
[20]) Codex austr. II, S. 187; Suttinger, S. 628.
[21]) Codex austr. II, S. 188; Suttinger, S. 629.

und am 28. August 1664[22]) ein neues ähnliches erlassen; endlich im Academiae Privilegio vom 29. März 1695[23]) das Verbot der Versendung der Pupillen an unkatholische Orte neuerdings eingeschärft.

In der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 wurde die Versendung der Pupillen außer Land ebenfalls nur durch die Rücksicht auf die Erhaltung des katholischen Glaubens verboten, indem bestimmt wurde, daß die Pupillen nicht an solche Orte gesandt werden sollen, wo sie von dem katholischen Glauben abgeführt werden möchten; daher sollten sie nicht auf unkatholischen Universitäten und Schulen studiren, an unkatholischen Orten zum Handwerk nicht aufgedingt oder lange alldort belassen, sondern allsogleich abgefordert werden; würde der Pupille der Aufforderung keine Folge leisten, so müsse dieser Vorfall der Obrigkeit, und wenn diese nicht die Vorkehrung thäte, durch die Gerhaben der landesfürstlichen Obrigkeit angezeigt werden, welch' letztere sodann die Gerhaben oder Andere, so dieser Verordnung zuwider handeln, nach Gestalt der Sache zu bestrafen wissen werden[24]).

Die oben bezogene „Stadt Wiener Pupillen-Rait-Cammer-Reformation" vom 29. April 1715 hielt zwar an dem Verbote fest, „die Pupillos inscio Magistratu sub quocumque praetextu von hier hinweg-beförderst ausser Landes zu schicken oder zu lassen" und befahl, daß dawider handelnde Gerhaben arbiträr gestraft werden sollen, und ebenso mußten die Gerhaben nach der Landmarschallischen Gerhabschaftsordnung vom 3. April 1727 zur Verschickung der Pupillen in und außer Land die gerichtliche Ratification begehren und erwerben, widrigens die Verfügung ungiltig und annullirt sein sollte; allein aus diesen Gesetzen war schon das religiöse Moment ganz geschwunden, welches sich daher in der Emigration-Verbots-Erneuerung vom 26. August 1752 schon gar nicht mehr vorfand, welches Gesetz (mit wenigen Ausnahmen für den Handelsstand und unter gewissen Voraussetzungen für den Adel) den Einwohnern das Reisen und die Versendung der Kinder außer Land, sowie die Verehelichung einer vermöglichen Minderjährigen an einen Ausländer nur nach eingeholtem landesfürstlichen Consense gestattete[25]).

Die Josefinische Justizgesetzgebung verhielt sich dem katholischen Glauben gegenüber zum Mindesten passiv; weder in der Gerichtsinstruction vom 9. September 1785 noch in dem Josefinischen

---

[22]) Codex austr. II, S. 188.

[23]) Codex austr. I, S. 10; durch dieses Gesetz wurden der Akademie der n. ö. drei oberen Stände außer dem Schottenthor in Wien bedeutende Privilegien verliehen.

[24]) Gerhabschaftsordnung, IX. Titel, §. 4.

[25]) Codex austr. III, S. 695.

Gesetzbuche finden wir eine Andeutung, daß die Mündel im katholischen Glauben erzogen werden sollen, da dieser Gegenstand den politischen Verordnungen vorbehalten würde. Das Verbot der Versendung der Pupillen war zwar in beiden Gesetzen an die höhere Genehmigung geknüpft; allein auch nicht mit Einem Worte geschah mehr des früheren Zweckes, der Reinhaltung des katholischen Glaubens, Erwähnung; das Josefinische Gesetzbuch insbesondere begnügte sich vielmehr blos mit dem Ausspruche, daß, wenn Waisen an einen anderen Ort in den Erbländern versendet werden sollen, dies nur mit Bewilligung der Behörde geschehen könne, daß aber bei einer Versendung außerhalb der Erbländer sich nach den politischen Verordnungen zu bewegen sei[26]).

Noch muß der „Judenkinder Entführungs-(Verbots-) Verordnung" vom 15. Februar 1765[27]) und der „Judenkinder Taufpragmatical-Verordnungs-Erläuterung" vom 9. September 1768[28]) gedacht werden, durch welche verboten wurde, Judenkinder ohne Einwilligung der Eltern, Vormünder und Gerhaben zu taufen, und außerdem ist zu erwähnen, daß nach dem Josefinischen Rechte von einer Erziehung der Kinder akatholischer Landleute zur katholischen Religion keine Rede mehr war.

Gleichwie das 17. Jahrhundert durch die religiöse Bewegung sich veranlaßt sah, die Obervormundschaft gegenüber den Vormündern zu stärken und zu kräftigen, ebenso sah sich das 18. Jahrhundert hiezu aus einem anderen Grunde bewogen.

Die Supplementsbände des Codex austriacus weisen sehr viele Polizeiverordnungen aus, welche gegen Bettler, Vagabunden, Gesindel, Raubgesindel und Zigeuner gerichtet sind; und es zeigen diese Verordnungen die große wirthschaftliche Noth, welche in Folge des dreißigjährigen Krieges am Beginne des 18. Jahrhunderts sich so recht fühlbar machte und die vielen Pestpatente, dieser Zeit erklären es auch, daß eine große Anzahl von Waisenkindern sich unter diesen Schaaren verarmten Proletariates befanden.

Gegen diese socialen Mißstände wendeten sich nun mehrere der oben bezogenen Verordnungen, und man sieht leicht ein, daß die Regierung sich, um diesen Uebelständen zu steuern, nicht an die Vormünder, sondern an die Vormundschaftsbehörden wenden mußte.

Eines der ersten einschlägigen Gesetze war das Gesetz, „die Gotteslästerung betreffend", vom 28. Juli 1713[29]), welches auch den Standpunkt der Regierung am klarsten und deutlichsten

---

[26]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 54.
[27]) Codex austr., Suppl.-Bd. IV, S. 672.
[28]) Ebenda, S. 1136.
[29]) Ebenda, I. Suppl.-Bd., S. 714.

mit den Worten bezeichnete: „daß, gleichwie den hohen und niederen Obrigkeiten die Besorgung der Pupillen von Gott selbst aufgetragen worden, also alle Obrigkeiten auf obbemelte arme hier und auf dem Land im Betteln herumziehenden verwaisten und andern Kinder beyderley Geschlechts acht haben, dieselben um ihre Eltern und Befreundte befragen, selbe sodann dahin verschaffen oder nach erheischender Nothdurft unterbringen, oder da sie weder Eltern noch andere mit Mitteln versehene Befreundt hätten, bis zu ihrer Fähigkeit zu einem Handwerk, Kriegs- oder anderen Dienst, womit sie sich ehrlich ernähren können, überliefern lassen, auch die erwachsenen zu einer geziemenden Arbeit anhalten und gewöhnen, die kleinen Kinder als Findlinge ansehen und versorgen sollen".

Unter dem Titel „Bettler-Aetzung" erschien sodann unterm 13. November 1723[30]) ein das Armen- und Schubwesen regelndes Gesetz, welches den Grundobrigkeiten die einstweilige Versorgung der herumziehenden Waisenkinder bis zu dem über diesen Gegenstand in Aussicht gestellten Generale anbefahl und ferner die Verfügung traf, daß alle bei der letzten Visitation aufgefundenen vagirenden Waisen in den Haupt- und Viertelläden als Lehrjungen aufgenommen werden sollen; ganz analoge Bestimmungen enthielt für Oberösterreich die obderennsische Bettlerordnung vom 1. August 1725[31]).

Die Errichtung des neuen Arbeits-, Zucht- und Waisenhauses in der Leopoldstadt in Wien — Verordnung vom 17. Jänner 1724[32]) — gab endlich der Regierung den Anlaß, in Erwägung zu ziehen, ob denn nicht die Waisen von Staatswegen direct untergebracht werden könnten, und es wurde zu dem Zwecke anbefohlen, über die Möglichkeit der Errichtung von Waisen-, Manufactur- und Arbeitshäusern auf dem Lande, insbesondere aber in den landesfürstlichen Städten und Märkten, zu berichten.

Freilich traten die Waisenanstalten der damaligen Zeit in eine bedenkliche Verbindung mit den Zucht- und Arbeitshäusern; freilich war der Zusammenhang des Armen- und Schubwesens mit der Versorgung armer Waisen ein sehr enger, wie dies noch die Verordnung vom 10. October 1732 zeigt, welche erst in letzter Linie die Cassa pauperum heranzog; immer zeigen aber diese Gesetze deutlich, daß sich die Regierung ihrer Pflicht, dem socialen Elende nach Möglichkeit zu steuern, bewußt war.

Der Vollständigkeit halber endlich beziehen wir an dieser Stelle die Verordnung des Generalcommando in Innerösterreich

---

[30]) Codex austr., II. Suppl.-Bd., S. 152.
[31]) Ebenda, S. 285.
[32]) Ebenda, S. 787.

vom 3. Mai 1769[33]), mit welcher für die Unterbringung der unversorgten Soldatenkinder und deren Vertheilung in die Provinzen, sowie für deren Erziehung zu einem entsprechenden Lebensberufe, umfangreiche und eingehende Verfügungen getroffen wurden.

Die österreichischen Schriftsteller unserer Periode enthalten über die bisher behandelte Materie durchaus nichts Wesentliches; Weingärtler[34]) und Vossius[35]) begnügen sich mit einer auszugsweisen Wiedergabe der Bestimmungen der Gerhabschaftsordnung; Banniza spricht sich über diesen Punkt gar nicht direct aus, und Donner[36]) ist nur allein deswegen besonders hervorzuheben, weil er stets fleißig die dem Hauptgesetze nachgefolgten Verordnungen anführt; trotz dieses Stillschweigens der Schriftsteller kann mit großer Gewißheit angenommen werden, daß ihnen der steigende Einfluß der Obervormundschaft wohl bekannt war, und daß namentlich Banniza und Donner den Vormund in allen Punkten nur mehr als das Executivorgan der Vormundschaftsbehörde betrachteten.

3. Eheschließung des Mündels.

Je weiter die Vogtbarkeits-, rücksichtlich Volljährigkeitstermine in Deutschland hinausgeschoben wurden, desto wichtiger und folgenschwerer mußte die Frage werden, ob ein Unvogtbarer, rücksichtlich Minderjähriger, eine Ehe ohne Einwilligung der Eltern und der Vormundschaft im weiten Sinne des Wortes giltig und erlaubt abschließen dürfe.

Es steht uns nun für Oesterreich eine Fülle des Materiales zu Gebote, um zu beweisen, daß ein Eheverbot der Minderjährigkeit schon am Beginne der von uns betrachteten Periode bestand, so daß ein Unvogtbarer oder Minderjähriger ohne Consens der Eltern und Vormünder, wohl auch der nächsten Befreundten und der Obervormundschaft, erlaubter Weise eine Ehe nicht schließen durfte; allein die Gewißheit einer Entscheidung verschwindet, sobald wir die Frage dahin stellen, ob denn auch ein Ehehinderniß der Minderjährigkeit — ein impedimentum dirimens und nicht ein bloßes impedimentum impediens — in älterer Zeit in Oesterreich bestanden habe, und wir werden uns daher genöthigt sehen, den geschichtlichen Entwickelungsgang dieser Frage eingehend darzustellen.

Ehe wir jedoch uns dieser Aufgabe zuwenden, obliegt es

[33]) Codex austr., IV. Suppl.-Bd., S. 1193.
[34]) Weingärtler, S. 26.
[35]) Vossius, S. 292.
[36]) Donner I, S. 14.

uns, einen Blick auf das gemeine Recht zu werfen und dessen Bestimmungen in Kürze in's Gedächtniß der Leser zurückzurufen.

Nach dem römischen Rechte in seiner letzten Gestaltung begann die Mündigkeit der Männer, die pubertas, mit dem vollendeten 14. Lebensjahre; mit diesem Zeitpunkte konnten Männer giltig eine Ehe schließen, und den gleichen Einfluß übte regelmäßig die Viripotenz einer Jungfrau aus.

Diesem Grundsatze war es durchaus nicht widersprechend daß eine Tochter, wenn sie überhaupt noch in der Gewalt ihres Vaters war, ohne dessen Einwilligung keine giltige Ehe eingehen konnte, und ebensowenig, daß die Geschlechts-Tutel auf die strenge Form der römischen Ehe, welche die manus mariti zur Folge hatte, einen gleichen Einfluß ausübte; denn diese Rechtssätze hatten mit der Altersmündigkeit der Frauen nichts zu thun; dagegen muß hervorgehoben werden, daß der Einfluß der Geschlechtstutoren, dann der Tutoren und Curatoren unmündiger und minderjähriger Jungfrauen und Witwen auf Eheverlöbnisse und auf die freie Form der römischen Ehe schon ein untergeordneter gewesen ist, und daß das römische Recht niemals die Giltigkeit der Ehe minderjähriger Personen von dem Consense des Curators abhängig gemacht hatte [1]).

Anders stand die Sache nach älterem deutschen Rechte, welches die Einwilligung des Vaters und Vormundes unvogtbarer Personen bei sonstiger Ungiltigkeit der von denselben eingegangenen Verlöbnisse oder der von ihnen geschlossenen Ehe verlangte — und viele namhafte Autoren haben aus den Reichstagsbeschlüssen der Jahre 1548 und 1577 denselben Rechtsgrundsatz auch für das neue gemeine deutsche Recht ableiten wollen, indem sie einerseits darauf hinwiesen, daß durch diese Reichsgesetze die Wirkungen der Tutel und Curatel wesentlich gleichgestellt worden seien, und indem sie sich weiter noch auf das Argument stützten, daß es höchst inconsequent sei, einen noch so unbedeutenden Contract des Mündels an die Einwilligung des Vormunds zu binden, dagegen dem Mündel die Schließung eines sein ganzes Lebensglück bestimmenden Contractes onheweiters zu gestatten [2]).

Es kann indessen diese Anschauung mancher Rechtsgelehrten als dem gemeinen deutschen Rechte entsprechend nicht angesehen werden; die Grundsätze über die Eingehung und Endigung der Ehe waren eben, vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus gesehen, namentlich nur aus dem canonischen Rechte zu entnehmen und das canonische Recht hatte niemals die Einwilligung der Eltern und Vormünder zur Giltigkeit der Ehe minderjähriger Personen

---

[1]) Rudorff, II. Bd., S. 261—264.
[2]) Kraut, I. Bd., S. 320—224, und II. Bd., S. 110 und 602.

gefordert, sondern ein bloßes einfaches Eheverbot der Eheschließung gegen den Willen der Eltern angenommen [3]).

Wenn demnach in manchen deutschen Staaten demungeachtet ein Ehehinderniß der Minderjährigkeit anerkannt, beziehungsweise gesetzlich eingeführt wurde, so konnte dies richtig nur als eine particularrechtliche Abweichung vom gemeinen Rechte angesehen werden, während eben das gemeine Recht gerade in dieser Beziehung auf dem Standpunkte des diesfalls recipirten canonischen Rechtes stehen geblieben ist.

Gehen wir nach dieser kurzen Einleitung auf unser heimisches Recht über, so werden wir eine sehr interessante Entwickelungsgeschichte dieses Rechtssatzes antreffen und in verschiedenen Zeitabschnitten einen mehrfachen Principienwechsel constatiren müssen.

Vor Allem ist hervorzuheben, daß der österreichische Landtsbrauch allerdings im 16. Jahrhunderte ein wahres Ehehinderniß der Unvogtbarkeit, rücksichtlich Minderjährigkeit, überliefert, daß dieser Landtsbrauch sich noch im 17. Jahrhunderte erhalten hatte, daß aber sowohl im 16. als im 17. Jahrhunderte das Eindringen des gemeinen Rechtes Controversen in dieser Frage erregte, und daß namentlich auch nicht in einem der vielen einschlägigen Gesetze der Landtsbrauch bestätigt wurde.

Ja im Gegentheile; die Gesetzgebung bildete das Eheverbot, das impedimentum impediens, in Ansehung der von Unvogtbaren geschlossenen Verlöbnisse und Ehen sehr stark aus und alle einschlägigen Gesetze lassen es deutlich erkennen, daß die als noch so verboten und strafbar erklärten Ehen von der Gesetzgebung dennoch, dem Bande nach, stets als giltig anerkannt und erklärt wurden.

Daß der Landtsbrauch Niederösterreichs ein wahres Ehehinderniß der Unvogtbarkeit, ein wirkliches impedimentum dirimens, erhalten hatte, geht unzweifelhaft aus zwei Stellen der niederösterreichischen Landtsordnung des Jahres 1573 hervor, welche wir um ihrer Wichtigkeit willen wörtlich anführen.

Sie lauten: „1. Die Kinder sollen sich ohne vorwissen und bewilligung Ihrer Eltern in einige eheliche versprechung, Sponsion oder Heurat nit einlassen; wo sie aber dahin beredt wurden, oder solches für sich selbst thetten, solle die ehelich zusag

[3]) Die Quellen des kirchlichen Eherechtes sind: a) causa 27—36 in Decreto Gratiani (mit Ausnahme der eingeschaltenen causa 33, questio 3, de poenitentia); b) je das vierte Buch der späteren Decretalensammlungen; c) Concilii Tridentini (sessio 24) doctrina de sacramento matrimonii cap. 1—12, decretum de reformatione matrimonii cap. 1—10.

dem Landtsbrauch nach nichtig und crafftloß sein, auch die Personen, welche die Kinder also undergangen, sambt ihren Rathgebern, Verhaltern und misgenossen nach gelegenheit ihres standts der gebüer nach gestrafft werden“ [4]).

„2. Der Pflegkinder und minderjährigen Verehelichung solle dem althergebrachten Landtsbrauch nach nicht bündig sein, Sie geschehe denn mit vorwissen und willen und Raht Ihrer Gerhaben, Curatoren und der nechsten Befreundten. Wenn aber dieselben die sachen nit vergleichen könnten, solle die fürgesetzte ordentliche obrigkeit darinnen mittler sein.[5])“

Diese Stellen sprechen in der That ganz klar für einen dem gemeinen Rechte entgegengesetzten Landtsbrauch, an dessen Ueberlieferung zu zweifeln daher nicht der geringste Grund obwaltet.

Doch war dieser Landtsbrauch schon im 16. Jahrhunderte controvers und hat sicher das Eindringen des gemeinen, beziehungsweise Kircheurechtes, der entgegengesetzten Anschauung zum Durchbruche verholfen; denn Suttinger überliefert uns eine Entscheidung der niederösterreichischen Regierung aus dem Jahre 1540, welche schon den Grundsatz ausspricht: „Heyrath wider Wissen und Willen der Eltern, Gerhaben oder derer, so die Weibsbilder in Gewalt haben, seynd straffmäßig, doch bleibt eine solche Ehe gültig.“

Der Streit, welcher zwischen dem gemeinen Rechte und dem Landtsbrauche ausgebrochen war, wurde im 17. Jahrhunderte fortgesetzt; Beckmann führt namentlich noch mehrere Stellen für das impedimentum dirimens der Minderjährigkeit an, allein er sieht sich auch genöthigt, ebenfalls den entgegengesetzten Grundsatz an einer anderen Stelle zu vertreten und läßt schließlich die Anschauung durchblicken, daß, mindestens bei auffallenden Mißheiraten, den Eltern das Recht zustehen müsse, die eingegangene Ehe zu annulliren.

Beckmann's Zeitgenosse, Weingärtler, nimmt dagegen schon mit Entschiedenheit den entgegengesetzten Standpunkt ein und vertheidigt mit Wärme die Giltigkeit der von Minderjährigen ohne Einwilligung der Eltern und Vormünder geschlossenen Ehen unter Hinweisung auf das gemeine, beziehungsweise auf das Kirchenrecht[6]).

---

[4]) N. ö. Landtsordnung, II. Buch, XXVII. Titel: „Von Ehelich Zusambenfügung, Vermehlschaft und Heurathen“, Fol. 192.

[5]) Ebenda, Fol. 193.

[6]) Bei der geringen Verbreitung der österreichischen Rechtsquellen mag es Entschuldigung finden, wenn in der Note nachstehendes Materiale zusammengetragen wird:

Suttinger schreibt unter dem Schlagworte „Heyrath“ S. 337:

Die Gesetzgebung that nicht nur keinen Schritt, um den Landtsbrauch zu unterstützen, sondern es zeigen im Gegentheile alle im 16., 17. und 18. Jahrhunderte erschienenen scharfen

„Heyrath wider Wissen und Willen der Eltern, Gerhaben oder derer, so die Weibs-Bilder in Gewalt haben, seynd straffmäßig, doch bleibt eine solche Ehe kräfftig.“ — (Also hat) die hochlöbliche Regierung in causa Burgermeister, Richter und Rath zu Oedenburg, contra Leopolden Rauh, welcher dessen Pflegetochter ohne Vorwissen derselben weggeführt und hernach geehliget den 28. Juli 1540 (ebenda) (erkannt) . . . Und nun folgt die Sentenz: Geben ꝛc. . . „Dem Rauhen habe nicht gebührt sich mit der von Oedenburg Pfleg-Kind ohne ihr und des Mädgens fürgesetzten Gerhaben Vorwissen zu vermählen und zu verheyrathen; demnach solle er von Obrigkeit wegen in die Straff genommen werden. Was aber die Heyrath betrifft, soll es bei dem Versprechen und des Priesters Zusammengebung verbleiben und also eine Ehe sein. Darauf solle sich beredter Rauh nach überstandener Straff mit einem ehrlichen Beystand zu denen von Oedenburg zu verfügen schuldig seyn, dieselben zu bitten, daß sie ihm solches verzeihen wollen und dann sollen die von Oedenburg gebührliche Heyrathsbrief nach Gebrauch der Stadt Oedenburg aufrichten und verfertigen und dieselben Heyraths-Brief denen gesetzten Gerhaben zustellen und gegen denen Personen, so zu dieser Heyrath ohne Wissen der von Oedenburg gerathen und geholffen und unter ihr Gerichts-Zwang gesessen, sich der Gebühr nach zu halten wissen.“

Beckmann schreibt unter dem Schlagworte „Die Heyrath“ auf S. 190 unter offenbarer Bezugnahme auf die von Sattinger beigebrachte oben angeführte Entscheidung gleichfalls, daß die auch ohne Wissen der Eltern von Minderjährigen geschlossene Ehe giltig sei: „Die Heyrath wider Wissen und Willen der Eltern, Gerhaben oder derer, so die Weibsbilder in ihrer Gewalt haben (vocantur matrimonia clandestina) seynd juxta jus R., jus statutarium Austriacum, Stiriacum straffmäßig, attestante quarto decalogi pracepto, honora patrem et matrem tuam — c. l. 2 ff. de ritu nuptiarum et §. 12. Inst. de nuptiis, vide Schneidevvinnumvel Bachovium aut Ludvvellum ad Inst. ad dict. §. 12 — doch bleibet eine solche Ehe nach löbl. allgemeiner Gewohnheit insgemein kräftig und conserviret — ratio est, quia res non est amplius integra, post clandestinum hoc initum matrimonium; ut sic conservetur mulierum honor, ne fiant ob inordinatam cohabitationem, infames et meretrices; at jure R. et jure Saxonico plane non admittuntur talia matrimonia clandestina, in poenam temere coëuntium; d. l. 2 ff. de ritu nuptiar. — tantus a juris conditoribus habetur parentum respectus, ob maxima beneficia, quae liberi a parentibus a primo lacte materno ad pubertatem et majorennitatem acceperunt.“

Diese Stelle hinderte indessen Beckmann durchaus nicht, unter dem Schlagworte „Matrimonia clandestina“ (S. 302) den gerade entgegengesetzten Landtsbrauch zu bezeugen. „Matrimonia clandestina, hodie jure consuetudinario Austriaco, Stiriaco et Saxonico non censentur valida, nisi praecesserit consensus tum contrahentium, tum parentum, quod est contra leg. 2 ff. de ritu nupt. et c. I, caus. 30, quaest. 5, et contra Concilium Tridentinum, ideo clandestina ejusmodi matrimonia, ob varia inde emergentia absurda et mala, merito censentur invalida . . . .; interdum tamen in hisce regionibus et in Austria permittuntur nisi contrahentes, statu et conditione inter se sint valde differentes, quod fit ideo, ut conservetur filiae honor, cum res non amplius sit integra, ut separari commode possint.“

Den letzten Gedanken führt Beckmann endlich unter dem Schlag-

Gesetze gegen Winkelheiraten, daß die gemeinrechtliche, beziehungsweise kirchenrechtliche Doctrin, von der Giltigkeit solcher verbotenen Ehen, stets aufrechterhalten wurde.

Schon die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 [7]), welche eingehend von der Ehe handelten, nahmen diesen Standpunkt ein; dieses Gesetz besprach in vier Absätzen die Heirat, und zwar die „ehrliche", die „Wittib Heurath", die „gefährliche" und die „widerwärtige Heurath".

Wenn eine ehrliche Heirat geschlossen werden sollte, so mußten — nach den Bestimmungen der Wiener Freiheiten — die Kinder, welche nach den Rechten in der Gewalt ihres Vaters stehen, nach dessen Willen verehelicht werden; war der Vater nicht mehr am Leben, so sollten sich die Kinder mit dem Rathe der Mutter und der nächsten Freunde verheiraten; wo sich Gelegenheit für ein vergerhabtes Frauenzimmer zu einer ehrlichen Heirat ergebe, durfte dieselbe von den Gerhaben über ihre vogtbaren Jahre nicht aufgehalten werden und hatte der Bürgermeister und Rath der Stadt Wien, wenn er von einem solchen Falle Kunde

---

worte „Sponsalia" (S. 449 und 450) weiter aus und bezeugt hiedurch, wie schwankend durch das Eindringen des gemeinen, beziehungsweise kirchlichen Rechtes der Landtsbrauch in dieser Beziehung in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts schon geworden war.

Nachdem Beckmann zuerst die gewöhnliche Bedeutung des Ausdruckes „Sponsalia clandestina" erörtert hat, fährt er also fort: „Dicuntur etiam illa sponsalia clandestina, quae quidem praesentibus testibus fiunt, sed absque parentum consensu, qualis jure R. est de essentia — §. 12 Inst. de nupt. — jure canonico autem de honestate saltem requiritur parentum consensus, ut quartum decalogi praeceptum (honora patrem et matrem) conservetur, quod si magna inaequalitas quoad statum et dignitatem sit inter contrahentes matrimonia clandestina — puta si juvenis mercator vel opifex filiam illustrem absque parentum consensu sic clam alliciat ad sponsalia clandestina, tum parentes possunt pro familiae conservatione rescindere et annullare clandestina ista sponsalia."

Weingärtler (S. 11 und 12) steht schon entschieden auf dem Standpunkte der gemeinrechtlichen, beziehungsweise kirchenrechtlichen Doctrin; er scheint zwar auch den entgegengesetzten Landtsbrauch gekannt zu haben, da er die Frage aufwirft: „An autem a Parentibus Matrimonium sine ipsorum consensu initum infringi possit?"; allein er antwortet fest und bestimmt: „Respondetur, quod non", und fährt nach Aufzählung von einzelnen Beispielen aus dem alten Testamente also fort: „Multo minus requiritur consensus Matris mortuo patre, siquidem mater defuncto quidem marito liberos suos in potestate habet" — dann schließt er: „Tutorum et Curatorum auctoritas requiritur quidem in contractibus pupilli et minoris — in copulandis tamen nuptiis, nec curatoris, qui solum rei familiaris sustinet administrationem, nec cognatorum, nec affinium, ullam autoritatem intervenire opus habet." Siehe auch Finsterwalder, IV. Buch, Obs. XI, S. 56—80.

Weder Walther im tractatus aureus, noch Reutter enthalten in dieser Beziehung etwas Erwähnenswerthes.

[7]) Codex austr. II, S. 488 und 489.

erhielt, der Jungfrau gegen den Willen der Gerhaben zu ihrem Rechte zu verhelfen.

Ungiltig war nicht einmal die gefährliche Heirat, welche nach den bezogenen Wiener Freiheiten dann vorlag, wenn ein Diener oder Knecht eine Tochter, Schwester, Enikel, Gesipt oder andere Pflegekinder eines Bürgers ohne dessen Willen heiratete; nur sollte ein solcher Diener oder Knecht nach Inhalt des Stadtrechtsbuches gestraft werden.

Auf eine sogenannte widerwärtige Heirat, das ist auf eine Heirat, sei es eines Sohnes oder einer Tochter — gleichviel ob sie vogtbar oder unvogtbar waren —, ohne Wissen oder gegen den Willen der Eltern, waren nach den bezogenen Wiener Freiheiten ebenfalls nur Rechtsnachtheile gesetzt, und es findet sich in dem genannten Stadtrechte auch nicht die geringste Spur der Rechtsanschauung, daß eine solche widerwärtige Ehe ungiltig sei oder von den Eltern angefochten werden könne.

Schloß nun ein Sohn eine solche „widerwärtige" Ehe und war diese Ehe zugleich eine „unehrliche", so hatte dies zunächst diese Wirkung, „daß ihm dann sein Vater von Rechts und Billigkeits wegen sein Väterliches Gut nicht fürzuschicken oder darzustrecken schuldig war"; ferner behielt der Vater in diesem Falle auch noch die lebenslängliche Nutznießung des von der Mutter dem Sohne etwa angefallenen Vermögens, welches der Vater in der Hand hatte; das Eigenthum an diesem Vermögen verblieb aber allerdings dem Sohne; war dagegen die Ehe des Sohnes zwar eine „widerwärtige" aber keine „unehrliche", so verblieben dem Sohne alle Rechte auf das mütterliche Vermögen, und nur von seinem Vermögen war ihm der Vater bei seinen Lebzeiten etwas zu geben nicht schuldig.

Strenger waren die Bestimmungen des Wiener Stadtrechtes gegen Töchter, welche widerwärtige Ehen schloßen; der Vater hatte nicht nur das Recht, das Vermögen, welches seine Tochter von der Mutter hatte, durch die ganze Zeit seines Lebens zu genießen, sondern er konnte seine Tochter in diesem Falle auch ganz enterben, ein Recht, welches der Mutter ebenfalls dann zustand, wenn sich die Tochter nicht nur „widerwärtig", sondern auch zugleich „unehrlich" verheiratet hatte.

Zum Schlusse wurde in den bezogenen Wiener Freiheiten unter der Marginalrubrik „Gerhaben" den Gerhaben insbesondere eingeschärft, „ohne Bürgermeister und Stadt-Raths-Wissen keine Heirath ihrer Mündel zu machen" [8]).

Wie die Wiener Freiheiten auch in anderen Beziehungen, zum Beispiel in Ansehung der Vogtbarkeitstermine und der Te-

[8]) Codex austr. II, S. 490.

stamentsmündigkeit, dem Landrechte zum Muster dienten, so geschah dasselbe in Ansehung der „widerwärtigen Heurathen".

Das Gesetz Kaiser Ferdinand des Ersten vom 22. April 1550[9]) hatte offenbar die „Wiener Freiheiten" vom 12. März 1526 vor Augen und unterschied sich von seinem Vorbilde nur dadurch, daß es das Eheverbot nur rücksichtlich der Frauen regelte und in Ansehung derselben, unter deutlichem Einflusse des römischen Rechtes, die römische Majorennitätsgrenze von 25 Jahren, welche in Oesterreich fast gar keinen Eingang gefunden hatte, als entscheidend hinstellte.

Nach diesem Gesetze — welches in die niederösterreichische Landtsordnung des Jahres 1573 unveränderte Aufnahme gefunden hat[10]) — „sollte sich keines Landmanns oder Unterthans Tochter, wes' Stands und Herkommen sie sey, vor fünff und zweintzig Jahren ihres Alters ohne Wissen und Willen des Vaters und der Mutter oder nach dem Tode des Vaters ohne Wissen und Willen der Mutter, nechsten Freund, Gerhaben oder Obrigkeit verehelichen dürfen", und es bestand die Sanction dieses Gesetzes darin, daß die Eltern der ungehorsamen Tochter nicht nur kein Heiratsgut und Heimsteuer zu geben schuldig, sondern daß sie dieselbe sogar zu enterben berechtigt waren; verheiratete sich aber eine Jungfrau zwar erst nach Absterben ihrer Eltern aber vor 25 Jahren ihres Alters und ohne Wissen und Willen ihrer nächsten Freunde, Gerhaben und Curatoren, so sollte sie die Hälfte ihres Heiratsgutes, sowie ihres väterlichen und mütterliches Gutes verwirkt haben und eine Nachsicht oder Milderung dieser Strafe dem Landesfürsten vorbehalten sein. Wenn aber der Curator die Ehebewilligung ohne Grund hinausschob, so konnte dieselbe der Jungfrau von der Obrigkeit ertheilt werden, in welchem Falle dann auch die Rechtsnachtheile nicht eintraten.

Dieses Gesetz, welches insbesondere auch noch eine arbiträre scharfe Bestrafung der Unterhändler anordnete, wurde von Kaiser Rudolf II. am 12. (20.) October 1585[11]) nicht allein confirmirt, sondern auch ad masculos in patria vel tutorum potestate constitutos extendirt und auf Anlangen sämmtlicher vier Stände Niederösterreichs in dem Gesetze vom 20. Februar 1614[12]) mit dem Beifügen repetirt, „daß die Diener, welche sich wider ihren eigenen Brodherrn in dergleichen vergreiffen, auch wohl an Leib und Leben gestraft werden sollen".

Nachdem die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669

---

[9]) Codex austr. I, S. 469—470.

[10]) Niederösterr. Landtsordnung von 1573, II. Buch, XXVII. Titel, Fol. 192v.

[11]) Codex austr. I, S. 470, und II, S. 505.

[12]) Ebenda, I, S. 470.

die Vogtbarkeitstermine allgemein auf 22 Jahre für das männliche und auf 20 Jahre für das weibliche Geschlecht bestimmt hatte, so geschah es offenbar mit Rücksicht auf diese neue Altersgrenze, daß das Gesetz vom 7. September 1703[13]) die obbezogenen Generalien vom 22. April 1550 und vom 20. Februar 1614 dahin abänderte, beziehungsweise milderte, daß die in diesen Gesetzen angedrohten Rechtsnachtheile nur dann eintreten sollten, wenn sich ein junger Mann vor vollendetem 22. und ein Mädchen vor vollendetem 20. Lebensjahre ohne Vorwissen und Willen der Eltern und Gerhaben verehelichen würden, während nach den früheren Gesetzen dieses Eheverbot bei beiden Geschlechtern bis zum vollendeten 25. Lebensjahre gewährt hatte[14]).

Die Gesetzgebung in Oesterreich begnügte sich indessen nicht, das Verbot der Heirat gegen Wissen und Willen der Eltern und Gerhaben durch privatrechtliche Nachtheile zu unterstützen; auch die Strafgesetze nahmen auf dieses Eheverbot Bezug, indem die niederösterreichische Landtsgerichtsordnung vom 30. December 1656 nicht nur „gegen die gewaltthätige Entführung", sondern auch gegen die heimliche Ehebered- und Entführung der Töchter ohne Vorwissen der Eltern und Gerhaben sehr scharfe Strafgesetze erlassen hatte[15]).

---

[13]) Codex austr. II, S. 505 und 506.

[14]) Vergl. übrigens auch Suttinger unter dem Schlagworte „Tochter, unzuläßliche Heurath und Enterbung betreffend", S. 818 und 819, an welcher Stelle Suttinger auch noch Entscheidungen vom Jahre 1580 und vom 20. Juni 1600 bezieht, welche ich, ungeachtet auch Weingärtler (S. 14) dieselben anführt, nicht auffinden konnte. Suttinger unter dem Schlagworte „Waisen", S. 863 und 864, sagt an dieser Stelle: „Waisen sollen sich ohne ihrer Obrigkeit Einwilligung nicht verheyrathen, Obwolen zwar de jure Canonico, welches wir Catholische in Ehesachen observiren, nicht allein der Obrigkeit, sondern auch sogar der Eltern consens ad necessitatem matrimonii nicht erfordert wird, eo, quod matrimonia debeant esse libera & Conc. Trid. Cap. 9 de reform. matr. contrarium asserentes anathemate damnent, so hat es doch ratione honestatis eine andere Meinung und wird parentum consensus quoad honestatem erfordert, non tantum jure Civili . . . ., sondern auch de jure Canonico, ubi canones probant neque honestas, neque legitimas quoadmodum contrahendi esse nuptias, quas liberi sine consensu parentum, in quorum potestate sunt, clam contrahunt.

[15]) Die niederösterreichische Landtgerichtsordnung Ferdinand's III. ist im Codex austr. I, S. 659—728, abgedruckt und handelt im 78. Artikel (S. 713 und 714) von der gewaltthätigen Entführung der Jungfrauen und Eheweibern, und im 79. Titel (S. 714 und 715) von der heimlichen Ehebered- und Entführung der Töchter ohne Vorwissen der Eltern und Gerhaben.

In dem letztangeführten (79.) Artikel werden vier Fälle unterschieden:

1. Wenn eines Landmanns Tochter ohne ihrer Eltern und Gerhaben Vorwissen und Einwilligung von einem Landmann heimblich zur Ehe beredet und entführt wurde und Standes halber kein Ungleichheit zwischen ihnen bestand, sollten Entführer und Entführte vor das für die oberen

Nachdem die Gesetzgebung das einfache Eheverbot der Minderjährigkeit durch eine Reihe von Specialgesetzen eingehend geregelt hatte, darf es uns nicht Wunder nehmen, diesen Gegenstand in den eigentlichen Gerhabschaftsgesetzen nur wenig berührt zu finden.

In der That enthielt die Polizeiordnung des Jahres 1552 über dieses Eheverbot gar keine anderen Bestimmungen, als daß der Gerhab seine Pflegetochter nicht selbst zur Ehe nehmen dürfe, und „daß dieselbe vom Gerhaben auch an einen Anderen nicht ohne vorwissen der negsten Freund und der Oberkeit zur Ehe versprochen werden soll“ [16]).

Pol'tischen Ständen in Oesterreich unter der Enns — durch das Criminal-Privilegium vom 3. December 1637, Codex austr. I, S. 257—265 — eingerichtete Adeliche Criminalgericht gestellt und mit Gefänguiß, Verschaffung auf ein Gräntzhaus oder sonsten nach vernünftiger Ermessung des Gerichts gebracht, und zur Abbitte an die Eltern, Gerhaben und Befreundten verhalten werden.

2. Wenn ein Landmann eine Tochter von geringerem Stande also heimblich zur Ehe beredt und entführt hatte, sollte die gleiche Strafe wie im ersten Falle stattfinden.

3. Wenn dagegen umgekehrt ein unadelicher Mann eines Landmanns Tochter also heimlich zur Ehe beredt und entführt hatte, dann war gegen den Entführer auf Gefängniß bei Wasser und Brod oder auf öffentliche Arbeit in Eisen und Banden, bei erschwerenden Umständen sogar unter Verschärfung der Strafen, und gegen des Landsmanns Tochter — welche sowohl selbst als auch ihre Kinder Adel, Wappen und Anspruch auf Erbschaft an die adeliche Freundschaft verloren — „auf eine gebührende Leibs-Straff“ zu erkennen, deren wirkliche Vollziehung jedoch dem Vater überlassen wurde. War dagegen eines Landmanns Tochter mehr als 25 Jahre alt und konnte sie beweisen, daß sie von den Eltern und Gerhaben an einer ehrlichen Heirat verhindert worden war, so trafen sie die angedrohten Rechtsfolgen und die Strafe nicht.

4. Waren endlich beide Theile unadelich, so traf sie die Strafe des Gefängnisses, der öffentlichen Arbeit und auf Ausspruch der geistlichen Behörde auch Kirchenbuße; der Entführer sollt stets strenger als die Entführte gestraft werden.

Gegen die Mitschuldigen wurden ähnliche Strafen ausgesprochen und schließlich ausdrücklich verboten, auf eine Geld- an Stelle von Leibes-, rücksichtlich Freiheitsstrafen zu erkennen.

Siehe auch Weingärtler S. 12—14, der den Art. 78 der Ob der Ennßischen Landgerichtsordnung bezieht, welcher gleiche Bestimmungen über die heimliche Eheberedung und Entführung enthielt, wobei noch zu bemerken kommt, daß den zwei oberen Ständen Oberösterreichs das Criminalprivilegium von Kaiser Leopold I. am 28. August 1675 (Codex austr. I, S. 265—268) ertheilt worden war. S. auch Finsterwalder, II. Buch, Obs. XI, S. 61—65.

Sowohl die nieder- als auch die oberösterreichische Landgerichtsordnung zeigen deutlich, daß die Gesetzgebung sich durchaus den Grundsätzen des gemeinen, beziehungsweise kirchlichen Rechtes angeschlossen hatte und ein Ehehinderniß der Minderjährigkeit nicht kannte.

[16]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXIVv, daß ein Vormund seine Pflegetochter nicht heiraten darf, findet sich auch in der Landtsordnung Niederösterreichs, III. Buch, XXVII. Titel, Fol. 193v. ausgesprochen; nach diesem

Diesen letzten Punkt bestätigte auch eine Entscheidung der Regierung vom 19. Mai 1559, welche Suttinger unter dem Schlagworte „Gerhabschafft betreffend" anführt, des Inhaltes, daß eine Jungfrau, welche an einem Orte geboren und an einem anderen Orte erzogen worden sei, sich nur mit Willen der nächsten Befreundten und des Rathes beider Orte verheiraten dürfe[17]).

Endlich enthielt auch die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 über diesen Gegenstand nur die Anordnung, „daß die Gerhaben beflieſſen sein sollten, die Pupillen weiblichen Geschlechtes mit Rath der Befreundten ehrlich und ihrem Standt gemäß zu versorgen, und daß die Mündel nicht zu einer widrigen und unsinnigen Heurath — namentlich nicht über angenommene oder versprochene Schenkung — genöthigt, noch von einer ehrlichen Heurath abgehalten, widrigenfalls solche Gerhaben nach Beschaffenheit der Sache wohl empfindlich gestraft werden sollen"[18]).

Die Thatsache, daß die Gerhabschaftsordnung im 14. Titel „von den Handlungen der Pupillen ohne Verwilligung ihrer Gerhaben und der Obrigkeit" ausdrücklich handelte, und auch aus diesem Anlasse nicht auf den von Beckmann bestätigten Landtsbrauch des Ehehinderniſses der Minderjährigkeit zu sprechen kam, zeigt übrigens klar, daß auch diesem Gesetze kein Zweifel vorschwebte, daß der Landtsbrauch sowohl durch das gemeine Recht

---

Rechtsbuche „solle kein Gerhab seine Pflegetochter zur Ehe nehmen, noch dieselb seinem Sohne vermälen, es hätte denn solches der Junkfrau Vatter in seinem Testament also verordnet, oder der Gerhab seine Raittung vor der ehelichen Pflicht gethan, oder es geschehe mit des Landesfürsten Consens". „Dagegen mag wohl ein Gerhab seine eheliche Tochter seinem Pflegsohn mit der hohen obrigkeit, auch der negsten Befreundt Willkür vermählen"; ebenso kann der Vormund seine ehemalige Mündel selbst dann heuraten, wenn er ihr selbst noch aus der Vormundschaft noch etwas schuldig ist, weil zwischen einem Gelter und seinem Gläubiger eine Heurath wohl bestehen könne. (Siehe übrigens auch die Polizeiordnung Fol. XXXVIII, wo es den Handwerksgesellen bei arbiträrer Strafe verboten wird, „des Meisters oder der Meisterin Tochter, Schwester oder Mummen wider ihren Willen zu heurathen oder zum Eheversprechen zu überreden.")

Ferner wird in diesem Gesetze die Entführung des Weibes oder der Töchter des Meisters mit Leibes- und Todesstrafe und der uneheliche Beischlaf mit denselben bei arbiträrer Strafe verboten und dieses Verbot auch auf alle Dienstleute Bauersleute und ledige Leute in der Gemainde ausgedehnt.

[17]) Suttinger, S. 281.

[18]) Gerhabschaftsordnung, IX. Titel, §. 5: Die Gerhabschaftsordnung spricht hier nur von Frauenspersonen; siehe übrigens Suttinger, welcher unter dem Schlagworte „Waisen-Buchs und etliche Schlüß in Waisensachen betreffend" (S. 868) eine Entscheidung (aus dem Jahre 1656) anführt, daß, wenn Pupillen sich ohne Vorwissen der Regierung verheiraten Gerhaben und Pupillen einzusenden und die Schuldigen zu bestrafen seien, was auch auf die Mannspersonen zu verstehen sei. (Siehe auch Suttinger unter dem Schlagworte „Tochter, unzuläſſige Heurath und Enterbung betreffend", S. 818 und 819.

als wie auch durch die nachfolgenden Gesetze aufgehoben worden sei.

Der Vollständigkeit wegen muß noch bemerkt werden, daß die Stadt Wiener Pupillen Rait Cammer-Reformation vom 29. April 1715[19]), welche die väterliche Vormundschaft mit der Vormundschaft sensu stricto auf eine Linie stellte, nicht nur die Untersuchung und Einwilligung des Stadtmagistrates in die beabsichtigte Eheschließung der Pupillen forderte, sondern außerdem noch verfügte, daß der Heiratsbrief der Pupillin, ob sie nun viel oder wenig Vermögen habe, mit Zuziehung eines dazu abgeordneten Rathscommissärs, welcher dabei der Pupillin Nutzen nach Möglichkeit zu beobachten habe, projectirt oder aufgesetzt und sodann dem Stadtmagistrate ad ratificandum übergeben werden müsse.

Ferner wollen wir noch hervorheben, daß die Intestaterbrechtsgesetze für Niederösterreich vom 28. Mai 1720[20]) und für Oberösterreich vom 26. März 1729[21]) das Institut der sogenannten „verziehenen Töchter vom Herrn- und Ritterstande" beibehielten, dafür aber das Heiratsgut solcher verziehener Töchter bestimmt hatten — eine Verordnung, die uns hier aus dem Grunde interessirt, weil sie das Maß der auf die Ueberschreitung des Eheverbotes gesetzten Strafe bei den zwei oberen Ständen erkennen läßt.

Da nämlich nach einem alten österreichischen Landtsbrauch die Töchter, solange ein directer Mannesstamm vorhanden war, auf die Erbschaft des Vaters und der Brüder verzichten mußten und sich mit einem Heiratsgute und einer landläufigen Abfertigung zu begnügen schuldig waren, so fanden sich die bezogenen Intestaterbgesetze des 18. Jahrhunderts, welche das Rechtsinstitut der „verziehenen Töchter" beibehalten hatten, veranlaßt, die Rechtsverhältnisse dieser im Erbrechte so nachtheilig gestellten Personen in anderen Beziehungen zu regeln.

Es war daher demjenigen Manne, welcher die „verziehene Tochter" von der Erbschaft in der Familie ausschloß, die Verbindlichkeit auferlegt worden, eben diese „verziehene Tochter" bis zu ihrer Verehelichung „oder Clösterlichen Eingang und Gelübd" zu erhalten, einer „verziehenen Tocher" des Herrenstandes zweitausend Gulden und einer des Ritterstandes Eintausend Gulden als Heiratsgut, und zwar längstens innerhalb einer Jahresfrist nebst den von der Verehelichung laufenden fünfprocentigen Interessen

---

[19]) Codex austr., Suppl.-Bd. I, S. 788.

[20]) Ebenda, S. 924 (XII. Titel, §. II).

[21]) Ebenda, Suppl.-Bd. II, S. 563 (XII. Titel, §. II). Das Institut der verziehenen Töchter zieht sich seit Walther (Tract. aureus III, Cap. XII) bis zu der Intestaterbrechtsordnung, wenngleich mit manchen Veränderungen fort.

zu geben, wenn nicht „ein wissentliches Unvermögen" vorhanden war.

Besondere Bestimmungen galten in Ansehung der Unterthanen, deren Waisen der Obrigkeit eine bestimmte Zeit zu dienen schuldig waren; natürlich konnten diese Waisen, so lange die Waisenjahre währten, ohne Willen der Obrigkeit nicht heiraten; nach Abdienung der Waisenjahre durften sie aber von der Obrigkeit an der Verehelichung nicht gehindert werden[22]).

Endlich muß auch hier abermals des Emigrationspatentes vom 26. August 1752 Erwähnung gemacht werden, durch welches die Verehelichung adelicher oder anderer bemittelter Weibespersonen ohne kaiserliche Bewilligung außer den Erblanden und an Ausländer verboten wurde[23]).

Maria Theresia hat durch das Gesetz über die Majorennitätsjahre-Bestimmung vom 12. April 1753[24]) dem Eheverbote der Minderjährigkeit zuerst eine andere Richtung gegeben, welche allerdings geeignet war, die Einführung eines wahren trennenden Ehehindernisses der Minderjährigkeit einzuleiten.

Die entscheidende Stelle des Gesetzes lautete:

„Quinto: Obwohl die Vereheligung junger Leute nach den geistlichen und weltlichen Rechten gleich nach den annis pubertatis geschehen, ja die Eheverlöbnisse noch vor diesem mündigen Alter geschlossen werden können, Wir auch der Freyheit dieses eigenwilligen Geschäfts unbillige Schranken zu setzen keinerdings gedenken:

So mögen wir doch in Erwägung, daß sich die in Minorennität stehende Jugend öfter aus unüberlegter Neigung zu unverständigen Heurathen verleiten lasse, nicht umhin, hiemit gesetzmäßig zu verordnen, daß ein Minderjähriger ohne Einwilligung seines Vormunds, Curatoris und der vorgesetzten Obrigkeit keine Sponsalia gültig contrahiren, noch weniger aber Eheberedungen abschließen, sondern daß alle von Minderjährigen ohne solche Einwilligung und Genehmhaltung geschlossenen Ehecontracte an und für sich selbst null und nichtig sein und darauf bei keinem Gerichte einige Reflexion gemacht werden solle.

Wenn hingegen ein Vormund ohne Ursache seinen Consens hiezu verweigert, stehet dem Mündel frey, sich sofort zu der dem

---

[22]) Gerhabschaftsordnung, IX. Titel, §. 6. Tractatus de juribus incorporalibus, III. Titel, §. 8. Suttinger, S. 819, der auch eine Verordnung der Regierung vom 27. Jänner bezieht, derzufolge die Obrigkeit befugt sein solle, von den Waisen eine sogenannte Verehrungs-Gebühr zu verlangen.

[23]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 695.

[24]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 757.

Pupillen vorgesetzten Obrigkeit zu wenden und alldort die richterliche Hülfe zu suchen."

Dieses Gesetz bietet uns mehrfaches Interesse; zunächst zeigt es durch die Berufung auf die geistlichen und weltlichen Rechte, daß der Landtsbrauch, welcher das impedimentum dirimens der Minderjährigkeit gekannt hatte, im Gedächtnisse der Gesetzgeber bereits vollkommen ausgelöscht war; es zeigt dieses Gesetz aber auch ferner die deutliche Hinneigung zu einem eigentlichen neueinzuführenden impedimentum dirimens der Minderjährigkeit, und da ein solcher Conflict mit den geistlichen und weltlichen Rechten nicht gewagt wurde, so sollten doch zum mindesten die Eheverlöbnisse und die Heiratscontracte der Minderjährigen ohne Consens des Vormundes oder der Vormundschaftsbehörde an und für sich nichtig und kraftlos sein; es war endlich dieses Gesetz das erste, welches den Einfluß der nächsten Befreundten auf die Eheschließung der Pupillen ganz mit Stillschweigen übergangen, und welches daher auch in dieser Beziehung das Verschwinden des alten heimischen Rechtes beurkundet hatte.

Uebrigens kann diese gesetzliche Bestimmung ebenso wie die übrigen Anordnungen des Gesetzes vom 12. April 1753 von dem Vorwurfe der Halbheit nicht losgesprochen werden.

Die Nichtigkeit des Eheverlöbnisses und des über das Vermögen geschlossenen Ehecontractes unter gleichzeitiger Anerkennung der Giltigkeit einer auf Grund eines nichtigen Eheverlöbnisses geschlossenen Ehe mußte als ein höchst unzulängliches Mittel zur Verhütung heimlicher Ehen minderjähriger Personen angesehen werden, und die ipso jure eintretende Nichtigkeit der pacta dotalia konnte sogar sehr zum Nachtheile der Minderjährigen ausschlagen, da der andere Ehegatte sich stets auch auf diese Nichtigkeit zu seinem Vortheile berufen konnte.

Es darf uns daher in keiner Weise wundern, daß diesem halben Zustande ein längeres Leben nicht gegönnt war, und daß das Bedürfniß einer Aenderung nach der einen oder anderen Seite hin sich der Natur der Sache nach bald einstellte [25]).

---

[25]) Die starken Ausdrücke in dem Majorennitätsjahre-Bestimmungsgesetze vom 12. April 1753 vermochten mich ursprünglich zu der Annahme, als habe Maria Theresia in der That ein wahres Ehehinderniß der Minderjährigkeit einführen wollen; die gleichzeitigen Schriftsteller überzeugten mich zuerst des Gegentheils, das ich dann auch bei näherem Studium in den Worten des Gesetzes, welches nur die Nichtigkeit der Sponsalien, Eheberedungen und Heiratscontracte — nicht aber auch die Nichtigkeit der Ehe selbst aussprach, bestätigt fand.

Vergleiche Vossius (S. 261), der die Ungiltigkeit des Eheverlöbnisses und das bloße Verbot der Eheschließung sehr genau unter Berufung auf das Majorennitätspatent mit den Worten ausspricht: „Irrita sunt sponsalia sine parentum consensu a liberis adhuc minoribus aut

Die durch das letztbezogene Gesetz Maria Theresia's geschaffene Halbheit wurde durch die allerdings entschiedene, keineswegs aber glückliche Gesetzgebung Kaiser Josef II. beseitigt, der drei auf unseren Gegenstand bezügliche Gesetze, nämlich das Patent über die Aufhebung der Eheverlöbnisse vom 30. August 1782, das Ehepatent vom 16. Jänner 1783, und das bürgerliche Gesetzbuch vom 1. November 1786 erlassen hat.

Mit dem ersten Gesetze vom 30. August 1782 erklärte Kaiser Josef, daß die Eheverlöbnisse weder für den Staat noch für den Privaten nützlich, sondern vielmehr für beide in Rücksicht auf die gezwungenen Ehen schädlich seien; in folgerichtiger Anwendung dieses legislatorischen Axioms — welches mit der Erfahrung aller Zeiten und Völker im Widerspruche stand — wurden alle Eheversprechen, durch welche eine Manns- und Weibsperson sich vorhinein gegeneinander verbindlich machten, sich zu heiraten, vom Tage dieses Gesetzes für gänzlich aufgehoben — und falls sie dennoch geschlossen würden, für gänzlich wirkungslos erklärt, selbst wenn eine Schwächung oder Schwängerung dem Eheversprechen nachgefolgt wäre[26]).

Eingehendere Bestimmungen enthielt das Ehepatent vom 16. Jänner 1783[27]), welches das Ehehinderniß der Minderjährigkeit zuerst neu einführte und sich an das gemeine und kirchliche Recht nicht mehr gebunden erachtete, da die Ehe an sich selbst als ein bürgerlicher Vertrag (Contract) betrachtet wurde, dessen Rechte und Verbindlichkeiten ihre Wesenheit, Kraft und Bestimmung ganz allein von den landesfürstlichen Gesetzen erhalten[28]).

Eine Ehe zu schließen waren nach diesem Patente vor Allem Minderjährige nicht fähig, wenn sie nicht ihres eheleiblichen Vaters oder in dessen Ermanglung des Großvaters väterlicher Seite Einwilligung darüber eingeholt hatten[29]); wenn Vater oder Großvater ihre Einwilligung versagten, sollten die Kinder nach einiger Zwischenzeit ihr Ansuchen einigemale wiederholen,

---

sine consensu tutorum et magistratus a pupillis inita", und dann fortfährt: „Prohibetur minoribus, si filii filiaeve sint, sine consensu parentum, si pupilli pupillaeve sine consensu tutorum et proximorum cognatorum matrimonia contrahere."

Ebenso Donner I, S. 16: „Die Eheverlöbnisse der Minderjährigen sind ohne Einwilligung des Gerhabs und der Obrigkeit nicht giltig; und III, S. 187 und 188, wo abermals die Ungiltigkeit des Eheverlöbnisses angeführt und dann gesagt wird, welche Rechtsnachtheile die Minderjährigen treffen, wenn sich die Minderjährigen ohne Einwilligung ihrer Eltern und Gerhaben in eine wirkliche Eheverbindung einlassen.

[26]) J. G. S. Nr. 73.
[27]) J. G. S. Nr. 117.
[28]) Ebenda, §. 1.
[29]) Ebenda, §. 2.

und erst wenn dies nichts fruchtete, wurde ihnen oder dem Theile, mit welchem die Ehe geschlossen werden sollte oder dessen Vater oder Vormunde verstattet, sich an die Gerichtsbehörde zu wenden[30]). Diese hatte den Vater oder Großvater zu vernehmen, und wenn sie die Ursache der Weigerung für erheblich fand, das Gesuch auf eine den Umständen angemessene Art abzuschlagen; wenn aber Vater oder Großvater nicht im Stande waren, gründliche Ursachen ihrer Weigerung anzuführen, so war vorgeschrieben, nochmals zu versuchen, ob sie nicht entweder durch gütliche Vorstellungen oder eine ihnen eingeräumte Bedenkzeit zur Einwilligung zu bewegen seien; erst wenn dieses nichts fruchtete, sollte das Gericht die Einwilligung von Amtswegen ertheilen[31]).

Waren der Vater oder der Großvater väterlicher Seite zwar am Leben, hatte aber das Gericht, sei es über ihren Verzicht, sei es wegen eines wider sie streitenden Bedenkens, sie von der Vormundschaft über ihre Kinder, beziehungsweise Enkeln, auszuschließen und einen anderen Vormund zu bestellen befunden, so wurde den Kindern dennoch auferlegt, die Einwilligung des Vaters oder Großvaters, und außerdem noch die Einwilligung des Vormundes einzuholen, und bei Meinungsverschiedenheit derselben hatte erst das Gericht zu ntscheiden[32]).

Waren Vater und Großvater väterlicher Seite gestorben, so durften sich minderjährige Kinder ohne Einwilligung Derjenigen, unter deren Obsorge sie standen, nicht verehelichen; doch sollte der Consens des Vormundes nicht genügen, sondern die gerichtliche Genehmhaltung hinzutreten müssen[33]); wollte dagegen der Vormund weder selbst einwilligen noch die Vormundschaftsbehörde angehen, dann durfte der Minderjährige, oder auch selbst ein Anderer in seinem Namen, diese Behörde angehen, welche nach Vernehmung des Vormundes, was sie der Billigkeit gemäß fand, vorzukehren hatte[34]).

Eine von Minderjährigen gegen die bezogenen Vorschriften geschlossene Ehe sollte wegen Abgang der vorgeschriebenen gesetzmäßigen Einwilligung ganz und gar ungiltig, folglich ohne alle Wirkung sein[35]).

Das Josefinische Gesetzbuch vom 1. November 1786 hat im Wesentlichen nur die Bestimmungen des Ehepatentes vom 16. Jänner 1783 wiederholt[36]).

---

[30]) J. G. S. Nr. 117, §. 3.
[31]) Ebenda, §. 5.
[32]) Ebenda, §. 7.
[33]) Ebenda, §. 8.
[34]) Ebenda, §. 9.
[35]) Ebenda, §. 6.
[36]) Josefinisches Gesetzbuch, III. Hauptstück, §§. 5—11.

Es braucht wohl nicht erst lange bewiesen zu werden, daß die Josefinische Gesetzgebung die Gewissen überzeugungstreuer Katholiken ebensowenig zufrieden stellte, als sie allen Jenen nicht genügen konnte, welche die Folgen des proclamirten Grundsatzes, daß die Ehe ein bürgerlicher Contract und weiter nichts sei, im Sinne mancher naturrechtlicher Systeme weiter ausgedehnt wissen wollten.

Aber auch abgesehen von diesen beiden Punkten war die Josefinische Gesetzgebung in diesem Punkte höchst unglücklich gewesen; für die ipso jure eintretende Ungiltigkeit einer von Minderjährigen eigenmächtig geschlossenen Ehe lag um so weniger Ursache vor, als ja das Bestreitungsrecht billig dem Vater und dem Vormunde selbst im Systeme des Gesetzes hätte eingeräumt werden können; dagegen bot aber dieses Gesetz nur die Handhabe zur unsittlichen Benützung eines Ungiltigkeitsgrundes, welchen der großjährig gewordene Minderjährige, wie auch der zur Zeit der Eheschließung bereits großjährige andere Ehetheil, nach Belieben und nach dem Verlaufe einer noch so langen Zeit geltend machen konnte, um auf einem kürzeren und einfacheren Wege die Auflösung der im Principe als unauflöslich erklärten Ehe zu bewirken.

Wir können zum Schlusse nicht umhin, auf die merkwürdige Erscheinung nochmals aufmerksam zu machen, daß der Landtsbrauch, welcher sich im 16. und 17. Jahrhunderte erhalten hatte, durch das Eindringen des gemeinen und kirchlichen Rechtes nach längerem Kampfe überwunden war, und daß ohne Anknüpfung an das ganz vergessene Gewohnheitsrecht im Wege absoluter Gesetzgebung der Inhalt desselben Landtsbrauches wieder hergestellt wurde, dessen Besiegung so lange Zeit gebraucht hatte.

4. Eintritt des Mündels in ein Kloster und in den geistlichen Stand.

Auch über diesen Punkt enthalten unsere Rechtsquellen mehrfache Bestimmungen, welche in Kürze aufgeführt werden sollen.

Die erste wichtige Stelle, welche den „Clösterlichen Eingang der Pupillen" betrifft, finden wir abermals in den Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 [1]).

Durch dieses Gesetz wurde zuerst „bei schwerer Ungnad und Straff verboten, ein Kind — es sei Manns- oder Weibsperson — in die Clöster, darin zu bleiben, zu drängen und zu nöthigen; wenn aber ein Mann 20 und eine Frau 18 Jahre vollkommen alt, und in ein Closter zu gehen und ein Clösterlich Wesen anzunehmen geneigt und begierlich seien, mögen Vatter und Mutter,

[1]) Codex austr. I, S. 488.

wo aber keines derselben mehr am Leben ist, die Freundschaft darin handeln".

Doch wurden folgende Beschränkungen an den Eintritt in das Kloster geknüpft: „Was für Personen, seien es Männer oder Frauen, jung oder alt, sich in die Klöster begeben und Profeß thun, so solle denselben ein ziemblich ehrbahr Deputat und bestimbte Anzahl, doch ungedrungen, und nach Rath einer jeden Herrschafft und Obrigkeit, an paarem Geld oder fahrender Haab und nicht an liegenden Gütern, es wäre denn auf Wiederlösung, gegeben werden, und im letzten Falle sollen die Klöster deßenhalben Lösung-Brieff herauß zu geben schuldig seyn".

Weiter wurde bestimmt, „damit kein Wiederfall an denen Closter-Leuthen zu gewarten sei, daß die Closter-Leuth darüber (über das Deputat nämlich) niemanden umb mehr noch weiter anfechten, sondern aller Erbschafft verziehen sein, und in den Erbschafften gantz keinen Zuspruch noch Gerechtigkeit haben sollen".

„Würden aber die Clöster mit sondern Practiken und Ueberredung der Personen, ohne Willen und Wissen ihrer Vätter, Mütter, nechsten Freund oder Gerhaben, solche Personen vor vollkommlicher Erlangung ihrer obgesetzten Jahr einnehmen, so solle denselben Clöstern weder groß noch klein, sondern anderen ihren nechsten Freunden folgen, und wo nicht Freund vorhanden wären, dem Landesfürsten und den Stadt Vättern freyzustehen."

Suttinger bezieht sich unter dem Schlagworte „Clösterlicher Eingang" [2]) auf diese Stelle der Wiener Freiheiten und schreibt weiter:

„Et tale statutum minuens legitimam valere, probat Gail 2. Obs. 122 n. 11, eamque opinionem Cameram Imperialem non semel sed multoties judicando secutam esse attestatur."

Suttinger fragt aber dann weiter, warum dieses Statut nur für Wien und nicht für Oesterreich, namentlich nicht in Ansehung der Töchter der zwei oberen politischen Stände, gelten solle?

Er verneint aber die Giltigkeit dieser Wiener Statuten außerhalb Wien und weist namentlich darauf hin, daß man den sogenannten „verziehenen Töchtern" des Herren- und Ritterstandes leichter zumuthen könne, auf das Erbrecht zu Gunsten des Mannesstammes zu verzichten, weil sie denn doch die Hoffnung des Erbrechtes haben, wenn der Mannesstamm der Familie ausstürbe; die Klöster hätten aber gar keine Anhoffung auf eine Erbschaft, und aus diesem Grunde sei es billiger, daß ihnen ein größerer Theil zugemessen werde als jenen „verziehenen Töchtern", welche in der Welt bleiben [3]).

---

[2]) Suttinger, S. 92 und 93.

[3]) Ebenda: Et cur non tale Statutum in Austria valeret, cum Filae

Es scheint uns in der That, daß die Bestimmung der Wiener Freiheiten über der „Clösterlichen Eingang" blos Statutarrecht für die Stadt Wien geblieben und Landesrecht niemals geworden ist.

Wir schließen dies nicht nur aus dem Stillschweigen unserer Quellen, sondern ganz besonders aus dem Umstande daß mehrfache Gesetze des 17. Jahrhunderts die Vorschrift enthielten, daß unvogtbare Personen durch den Eintritt in ein Kloster vogtbar werden, was denn doch nothwendigerweise voraussetzt, daß unvogtbare Personen in ein Kloster eintreten und die Profeß ablegen durften, ohne — bei dem Mangel weltlicher Gesetze — an andere als an die Bestimmungen des canonischen Rechtes gebunden zu sein.

Die ersten allgemeinen Bestimmungen erfolgten durch das Gesetz über die Pupillen-Vergerhabung und -Versorgung vom 2. August 1631 (repetirt am 10. November 1634)[4], welches Gesetz für die zwei oberen Stände die Vogtbarkeitstermine, und zwar für das männliche Geschlecht mit dem vollendeten 22., und für das weibliche Geschlecht mit dem vollendeten 20. Jahre bestimmt, und zugleich angeordnet hatte, daß die Vogtbarkeit der Frauen auch noch vor dieser Zeit durch Verehelichung oder Verlobung in den geistlichen Stand eintreten solle.

Sodann verordnete die Gerhabschaftsordnung in weiterer Ausbildung dieses Grundsatzes[5], „daß, wenn sich ein Pupill, Manns- oder Weibs-Person, vor dem regelmäßigen Vogtbarkeitstermine verehelicht, oder im geistlichen Stande wirklich Profeß gethan hätte, er der Gerhabschaft entbunden sein solle".

Nachdem die Gerhabschaftsordnung den Eintritt in ein Kloster ganz und gar nicht von der Bewilligung des Vormundes abhängig gemacht, vielmehr den Herrschaften rücksichtlich der zu den Waisendiensten verpflichteten unterthänigen Waisen verboten hatten, dieselben selbst vor Ablauf der drei Waisenjahre vom Eintritte in ein Kloster abzuhalten, müssen wir demnach annehmen,

---

provincialium exstantibus masculis etiam minima parte legitimae debeant esse contentae, et insuper pro se et suis descendentibus, donec Masculinus Sexus durat, omni paternae et fraternae hereditati renuntiare teneantur. Cum tamen hujusmodi Filiae, vel earum descendentes aliquando ultimo de familia succedendi spem, monasteria vero nullam habeant, aequum est, ut aequior et major ipsis portio quam Filiabus in Seculo renuntiantibus assignetur.

Prout excels. Regim. An. 1643 den 23. December zwischen P. Prior und Convent Dominicaner-Orden contra die Schäfflerische Wittib judicavit. Vide Motivenbuch n. 2, p. 362, contra quam sententiam P. P. Dominicani Revisionem petierunt, sed non expectata Sententia revisoria, partes transigerunt.

[4] Codex austr. II, S. 187 und 188; Suttinger, S. 628 u. 629.

[5] Gerhabschaftsordnung, 16. Titel, §. 4.

daß in Oesterreich ein besonderes weltliches Verbot, daß Pupillen sich vor einem bestimmten Alter ohne Zustimmung der Vormundschaft nicht in ein Kloster begeben, früher allgemein nicht bestanden habe[6]).

Von den späteren Gesetzen knüpfte nur noch die Stadt Wiener Pupillen Rait-Cammer-Reformation vom 29. April 1715[7]) den Eintritt der Pupillen in das geistliche Leben, wie jede andere Standesveränderung derselben, an die Untersuchung und Einwilligung des Stadtmagistrates als Obergerhaben, bis endlich das unter dem Titel „Geistliche Ordensprofession-Ablegungsjahre-Bestimmung" erschienene Gesetz vom 17. October 1770 — im Anschlusse an das Gesetz über Majorennitätsjahre-Bestimmung vom 12. April 1753 — das frühere Recht grundsätzlich umgestaltete[8]).

Nach einer längeren Einleitung, welche hervorhob, wie schwer die Berufspflichten des Ordensmannes seien, wie zu diesem Berufe nebst der Gnade Gottes eine „sonderbare Mitwirkung" gehöre, daß zur Auswählung eines solchen unabänderlichen Standes eine weise Beurtheilung und scharfsinnige Ueberlegung erforderlich sei, daß eine solche Einsicht nicht eher als in solchem Alter, wo der Verstand zur Reife gekommen, gehofft werden könne, und daß die unerfahrene Jugend sich leicht aus Antrieb verschiedener Anlockungen mit der Zeit der bitteren Reue über eine unüberlegte Wahl aussetzen dürfte — nach allen diesen im Style der Zeit gehaltenen Erwägungen wurde in dem Gesetze bestimmt, daß „keiner von den Unterthanen beyderlei Geschlechts und wessen Stands er immer sei, vor Erreichung des vollen vier und zwanzigsten Jahres sowohl Priester als Layen, Chor- und Layschwester die Ordensprofession oder das unwiderrufliche feyerliche Ordensgelübde ablegen solle".

Von diesem Gesetze sollte kein Orden ausgenommen sein, die Zeit des Eintrittes in einen Orden war zwar nicht bestimmt, wohl aber verfügt worden, daß für die Verpflegung eines vor der Ordensprofeß austretenden Candidaten oder Candidatin vom Kloster ein Kostgeld weder vereinbart noch angenommen werden dürfe.

Auf die erste Uebertretung wurde eine durch die Sperrung der Temporalien hereinzubringende Geldstrafe von 3000 Gulden, wovon dem Denuncianten der dritte Theil gebührte, gesetzt für Mendicanten die Veranstaltung der nächsten Sammlung zur Strafe verboten und vorgeschrieben, daß der wider dieses Verbot zur Profeß zugelassene Ordensmann in die Welt zurückgeschickt werden müsse und nicht vor Vollendung des 24. Lebensjahres und vor

[6]) Gerhabschaftsordnung, 9. Titel, §. 6.
[7]) Codex austr. I, S. 787 „Zehntner".
[8]) Ebenda, Suppl.-Bd. IV, S. 1379—1381.

Bezahlung des Ponales durch das Kloster in dasselbe wieder eintreten dürfe.

Es wurde weiter bestimmt, daß, solange die Profession nicht in dem vorgeschriebenen completen Alter vollzogen sei, „das pure weltliche Subjectum“ alle Wohlthaten der weltlichen Rechte genießen solle, daß ihm der Orden Alles, was er empfangen, bei einem etwa erfolgenden früheren Rücktritte zurückerstatten müsse, und daß schließlich die zweite Uebertretung des Gesetzes an dem Ordensvorsteher mit der Verbannung aus allen deutschen Erblanden gestraft werden solle, und daß das Ordenshaus selbst die Aufhebung zu gewärtigen habe [9]).

Dieses Gesetz hatte in der Josefinischen Periode — dem Geiste der Gesetzgebung entsprechend — keine Aenderung erfahren, und obwohl in dem Josefinischen Gesetzbuche eine darauf abzielende Bestimmung nicht enthalten war, so erklärt sich dies einfach daraus, weil die in dieses Gebiet einschlägigen Verordnungen seit Kaiser Josef ihren Platz meist nicht mehr in den Justizgesetzen, sondern in den politischen Verordnungen gefunden hatten.

5. Der Waisendienst der unterthänigen Waisen (famulatus).

Das Recht Niederösterreichs hatte seit längeren Zeiten den sogenannten Waisendienst überliefert, das ist den Dienst, welchen die Waisen der Unterthanen der Grundobrigkeit sowohl bis zum 14. Lebensjahre, als auch drei Jahre später, zu leisten schuldig waren; verwandt mit dem Waisendienste war die Verbindlichkeit der Unterthanen, auch noch bei ihren Lebzeiten ihre Kinder der Herrschaft in den Dienst zu geben.

Das älteste Gesetz über diesen Gegenstand ist am 24. August 1550 erschienen, in welchem Gesetze bestimmt wurde, daß in Oesterreich unter der Enns die Kinder der Unterthanen schuldig seien, ihrer Obrigkeit vor andern um billigen Liedlohn zu dienen. Dieses Gesetz wurde am 28. September 1578 und 22. September 1590 repetirt und am und 27. Februar 1581 auf Oesterreich ob der Enns ausgedehnt [1]).

Mit Bezug auf dieses Gesetz erschien am 20. August 1565 ein weiteres Gesetz, welches im Codex austriacus unter dem Schlagworte „Wochen-Knecht Abschaffung“ aufgenommen worden ist [2]).

Durch dieses letzte Gesetz wurde angeordnet, „daß, weil augenscheinlicher Mangel an denen treuen Ehehaltern (Dienstboten) er-

---

[9]) Donner, Bd. I, S. 16 und 17.

[1]) Codex austr. II unter dem Schlagworte „Unterthan-Kinder“, S. 400 vergl. auch Suttinger unter dem Schlagworte „Kinder“, S. 376.

[2]) Codex austr. II, S. 508.

ſcheint — vermöge des von Ferdinand I. am 24. Auguſt 1550 außgegangenen Generals und Satzung, bei der es verbleiben ſolle — der Land-Leut Unterthanen Söhne und Töchter, ihrer Obrigkeit und Grundherrn, wo die Eltern oder derſelben Freund dieſelben ſelbſt nicht zu erhalten hätten, oder bedürfftig wären, umb den Lohn, den ſie ander Orthen haben möchten, vor allen andern zu dienen ſchuldig ſeien, daß aber dagegen die Herrn ſolche Diener, nicht wie Leibeigne Knecht oder Sclaven, ſondern mit nothdürfftiger Unterhaltung, wie gebräuchig halten ſollen, und daß den Eltern unverwehrt ſei, ihre Kinder in die Stadt, Handwerke oder andere ehrliche Sachen zu erlernen zu ſchicken".

Dieſes Generale fand ſich ſodann auch in der n. ö. Landtsordnung vom Jahre 1573 wieder, welche den Inhalt der vorangeführten Verordnung im vierten Buche, 34. Titel, wiedergab und ſich ausdrücklich auf das Generale vom 24. Auguſt 1565 bezog[3]).

Das Alter dieſes Gewohnheitsrechtes anzugeben, ſind wir außer Stande, doch mag hervorgehoben werden, daß die Gerhabſchaftsordnung und der Tractatus de juribus incorporalibus die althergebrachte Gewohnheit in Anſehung dieſes Rechtsinſtitutes bezeugten, während wir allerdings nicht im Stande waren, in Walther's Tractatus aureus hierauf bezügliche Stellen zu finden.

Die Beſtimmung der Gerhabſchaftsordnung lautete einfach dahin, „daß der Unterthanen Waiſen ihrer Herrſchaft drey Jahr, und zwar die kleinen umbſonſt, doch gegen gebührende Unterhalt- und Kleidung, die aber über 14 Jahr ſeynd, gegen Raichung einer, der Verrichtung nach, geziemenden Beſoldung zu dienen ſchuldig ſeien"; dies ſolle aber „mit Vorwiſſen der Obrigkeit, der überlebenden Mutter oder Befreundten" geſchehen, und „denſelben vorbehalten ſein, daß ſie ſolche Kinder, wenn ſie hiezu tauglich, in die Städt und Märkt, zu denen Schulen oder Lernung eines Handwerks ſchicken mögen".

Auch wurde — wie bereits oben erwähnt — den Herrſchaften verboten, „für den Fall, als dergleichen Unterthanen Kinder vor Außdienung der drey Waiſen-Jahr, eine Gelegenheit, ſich ehrlich zu verheurathen, in ein Cloſter zu gehen, oder ſonſten eine Wolfahrt zuſtünde, dieſe Kinder hievon abzuhalten oder zu verhindern"[4]).

Eingehendere Beſtimmungen hat über dieſen Gegenſtand der Tractatus de juribus incorporalibus getroffen.

Nach dieſem Geſetze, welches eine Sicherſtellung des Gewohnheitsrechtes durch den geſchriebenen Buchſtaben in erſter Linie beabſichtigte, und welches auch in zweiter Linie beſtrebt war, die

---

[3]) N. ö. Landtordnung, IV. Buch, 34. Titel: „Was geſtalt die ledigen Knecht ihren Herrn dienen ſollen." Fol. 335v und 336.

[4]) Gerhabſchaftsordnung, IX. Titel, §. 6.

eingeschlichenen Mißbräuche, namentlich die häufig vorkommenden Bedrückungen der Unterthanen, hintanzuhalten und eine mildere Uebung aufrechtzuerhalten, beziehungsweise neu zu begründen, wurde zwischen der „Dienstzeit der Unterthanen Kinder" und dem „Waisen-Dienste" unterschieden.

Rücksichtlich der Dienstzeit der Unterthanen Kinder wurde, im Anschlusse an das Generale vom 20. August 1565, bestimmt, „daß die Unterthanen schuldig seynd, ihre noch in Gewalt und Brod habenden Söhne und Töchter, deren sie zu eigenen Diensten nicht bedürfftig, oder die sie sonsten in frembde Dienste geben wollen, ihrem Grundherrn vor allen andern in Dienst erfolgen zu lassen"; „es sollten aber dieser Unterthanen Kinder von ihren Herrn und Frauen nicht wie Sclaven und Leibeigene, sondern wie andere freye Ehehalter und Dienstbotten mit gebührender Kost und Lohn versehen und unterhalten, auch nach Verflieſſung dreyer Jahren, wider ihren Willen ferners zu dienen nicht gezwungen werden; außerdem sei den Unterthanen ihre Kinder in die Städt und anderstwohin zum Studiren, Lernung eines Handwerks oder anderer ehrlicher Sachen, jedoch mit Vorwissen der Obrigkeit zu schicken unverwehrt" [5]).

Was den eigentlichen „Waisendienst" betrifft, so wurde derselbe, den Bestimmungen der Gerhabschaftsordnung gegenüber, durch den Tractatus de juribus incorporalibus verschärft; denn während nach der Gerhabschaftsordnung der Waisendienst im Ganzen nur drei Jahre zu währen hatte, wurde durch den bezogenen Tractat bestimmt, „daß der Grundherr seiner verstorbenen Unterthanen hinterlassene Waisen in seinen Dienst nehmen und biß auff das vierzehnte Jahr ihres Alters ohne Liedlohn gebrauchen könne, und daß erst dann die eigentlichen drei Waisen-Jahr beginnen sollten". Die Kinder unter 14 Jahre, welche der Grundherr in seine Dienste nahm, war derselbe „mit nothwendiger Unterhalt- und Kleidung ohne Entgeltung ihres etwa habenden Erbtheils zu versehen schuldig"; — hatten die Waisen dann das vierzehnte Jahr ihres Alters erfüllt, „so waren sie darüber drey Waisen-Jahr gegen gebührenden Liedlohn zu dienen verbunden", konnten aber zu weiteren Diensten wider ihren Willen von der Obrigkeit, nicht angehalten werden.

Weiter verfügte dieses Gesetz, daß, „wofern einem oder andern Waisen eine Heurath zustünde, seine Obrigkeit ihn daran ohne erhebliche und billige Ursache nicht verhinderlich sein solle". Endlich wurde den Grundherren und Obrigkeiten verboten, anstatt

---

[5]) Tractatus de juribus incorporalibus, IV. Titel, §. 7; Codex austr. I, S. 588.

der Dienste eine Abfindung im Gelde weder von den Waisen noch von der Unterthanen Söhne und Töchter zu begehren[6]).

Die Schriftsteller beziehen sich insgesammt fast nur auf die Bestimmungen der Gerhabschaftsordnung und des Tractatus de juribus incorporalibus, welch' letzteres Gesetz die Gerhabschaftsordnung gleichfalls schon als frühere Rechtsquelle anführte.

Reutter[7]) und Vossius[8]) erwähnen bei ihrer Behandlung des Gegenstandes nur ganz kurz die eben vorgetragenen gesetzlichen Bestimmungen; eingehender haben sich nur Finsterwalder[9]) und Donner[10]) mit diesem Gegenstande befaßt.

Finsterwalder meint, der Grund dieses Gesetzes liege darin, ut tanto magis ob famulorum malitiam Dominis cautum sit et regressus, quem alias raro aut nunquam haberent, tam facile eludi non possit; auch erörtert er weiter, daß nur der „Origo" die Geburt unter einer Herrschaft, niemals aber das bloße Domicilium, über die Verbindlichkeit zu den Waisendiensten zu entscheiden habe, daher Diejenigen, welche von einer Herrschaft in die andere sich begeben haben, die Waisenjahre keiner anderen Herrschaft, als worunter sie geboren, abzudienen schuldig seien; endlich weist Finsterwalder darauf hin, daß der Grundherr mehrere Waisen, als er zu seinem Dienst unentbehrlich vonnöthen habe, nicht begehren dürfe, noch von Denjenigen, die er nicht bedürfe, anstatt des wirklichen Dienens ein gewisses Geld einzufordern befugt sei.

Donner meint, daß der Grundherren Vortheil rücksichtlich der Waisendienste darin bestanden habe, daß er Leute habe, wenn er dieselben brauche, und zwar solche Leute, die ihm bekannt seien; er weist auch ferner darauf hin, daß Waisendienste nach dem vollendeten 24. Lebensjahre nicht mehr gefordert werden können, weil diese Personen nach erreichter Vogtbarkeit keine Waisen mehr seien, und hält schließlich dafür, daß sogar nach dem 22., beziehungsweise 20. Jahre dies der Fall sein müsse, weil die alten Vogtbarkeitstermine, welche die früheren Gesetze vor Augen hatten, 22 Jahre für Männer und 20 Jahre für Frauen bestimmt hatten.

Eingehendere Bestimmungen über diesen Gegenstand enthielten das Patent vom 1. November 1781 und der Hofbescheid vom 15. Jänner 1782; durch das erstere Gesetz wurde bestimmt, „daß die Unterthanen künftig einige Hofdienste zu verrichten nicht mehr schuldig seien, beider Ältern verwaiste Kinder ausgenommen, deren Hofdienst jedoch nirgends drei Jahre übersteigen solle"; das

---

[6]) Tractatus de juribus incorporalibus, VI. Theil, §. 8, S. 588.
[7]) Reutter, ad Tab. II, §§. 27, 28 und 29, S. 61.
[8]) Vossius, S. 46 und 458.
[9]) Finsterwalder, II. Buch, Observatio LXIV, S. 411—413.
[10]) Donner, I. Bd., S. 103.

zweite Gesetz verordnete ganz analog, „daß in Zukunft nur allein solche Kinder der Unterthanen, die der beiden Eltern verwaist wären, zur Verrichtung des Hof- und Waisendienstes von deren Obrigkeiten genommen werden können".

War durch dieses Gesetz die Verbindlichkeit solcher Unterthanen Kinder, welche nur Eines der beiden Eltern am Leben hatten, zu dem Hofdienste ausdrücklich aufgehoben worden, so wurde andererseits durch das zweite Gesetz noch vorgeschrieben, daß allen über 14 Jahre alten und die Waisendienste verrichtenden Kindern der nämliche Liedlohn, welchen andere freiwillige Dienstboten nach Beschaffenheit ihrer leistenden Dienste empfangen, abgereicht und solches zu Jedermanns Wissenschaft im Lande kundgemacht werden solle, und daß die Herrschaft befugt sei, die Waisenjahre zwischen dem 14. Jahre und der Großjährigkeit der Waisen auszuwählen [11]).

Zum Schlusse mag noch erwähnt werden, daß Hauer, dem wir die letzten Daten entnommen haben, dafür hält, daß die Waisendienste als eine Art von Vergeltung für die unentgeltlich zu besorgende Obervormundschaft eingeführt worden seien, um der Herrschaft bessere und verläßlichere Dienstboten zu beschaffen; endlich soll auch noch der Bestimmung des Hofdecretes vom 18. Juni 1790 gedacht werden, daß der Mißbrauch, Geldablösung an Stelle des wirklichen Dienstes der Waisen zu fordern, abgestellt und bestimmt wurde, daß die eingegangenen Ablösungsgelder den betreffenden Parteien allsogleich wieder zu ersetzen seien.

Daß das Josefinische Justizgesetzbuch über diesen Gegenstand eine Verfügung nicht enthielt, erklärt sich wieder leicht daraus, daß die Gesetzgebung der damaligen Zeit auch diese Frage den politischen und nicht den Justizgesetzen vorbehalten hatte.

VI. Capitel.

Vertretung des Mündels durch den Vormund. Einwilligung des Vormundes in die Rechtsgeschäfte des Mündels.

Wir haben schon wiederholt hervorgehoben, daß die germanische Wurzel des Vormundschaftsrechtes in Oesterreich im 16. Jahrhunderte in vielen Beziehungen dem Eindringen des römischen Rechtes Stand gehalten und dessen mächtigen Einfluß überwunden hat.

---

[11]) Hauer, Darstellung der Gesetze für die Unterthanen, I. Bd., S. 147—151.

Ebenso haben wir aber auch wiederholt hervorheben müssen, daß der romanisirende Charakter in der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 klar zu Tage tritt, ja daß dieses Gesetz in vielen Beziehungen bestrebt war, die Vorschriften des römischen Rechtes an die Stelle des hergebrachten Landtsbrauches zu setzen.

Kein Theil unserer Abhandlung hat in Folge des Kampfes des römischen mit dem deutschen Rechte für den Darsteller so zahlreiche Schwierigkeiten als derjenige, den wir eben jetzt beginnen; in keinem Theile unserer Schrift war es so nothwendig, die Gesammtheit des jedesmal geltenden österreichischen Rechtes so sehr sich gegenwärtig zu halten, als eben in dem Abschnitte, in welchem von der Vertretung des Mündels durch den Vormund und von den Formen dieser Vertretung, von den der Handlungsfähigkeit der Minderjährigen gesetzten Schranken, die Rede ist.

Die Leser werden daher gewiß entschuldigen, wenn wir einen kurzen Blick auf die Entwickelung des römischen und des neueren deutschen Rechtes werfen, weil es nur durch eine solche Abweichung von dem nächsten und unmittelbaren Gegenstande möglich ist, die vielfach verwickelten und schwierigen Bestimmungen des österreichischen Rechtes entsprechend zu erklären.

1. Rückblick auf das römische Recht.

Das römische Recht unterschied sehr strenge zwischen der *Einwilligung des Vormundes in die Rechtsgeschäfte der Minderjährigen* einerseits, und der *Vertretung derselben durch den Vormund* andererseits; in dem ersteren Falle bedurfte die Handlung, welche der Mündel vornahm, nur noch der Genehmigung des Tutors; in dem zweiten Falle handelte es sich darum, festzustellen, inwieweit dem Mündel durch Handlungen des Vormundes Rechte erworben und Verbindlichkeiten auferlegt werden konnten.

Nach dem bekannten Grundsatze des römischen Rechtes, daß Derjenige, welcher der Gewalt einer Person nicht unterworfen war, diese Person, wenn er es auch wollte, durch seine eigenen Handlungen nicht activ und nicht passiv repräsentiren konnte. war eine directe Vertretung des Mündels durch den Vormund nach älterem Civilrechte unstatthaft, und es konnte nach einer durchgreifenden Regel der Mündel nur Rechte erwerben, beziehungsweise Verbindlichkeiten übernehmen, wenn er selbst handelte, und wenn zu dieser Handlung des Mündels die Einwilligung des Vormundes trat.

Es bildete demnach nach römischem Rechte *die Einwilligung des Vormundes in die Rechtsgeschäfte des Mündels* die Regel, und nur langsam und auf Umwegen fand eine

directe Vertretung des Mündels durch den Vormund Eingang in das spätere römische Recht.

Gehen wir auf den ersten Punkt zuerst über, so werden wir auch hier zwischen den zwei Hauptarten der römischen Vormundschaft, der tutela impuberum und der cura minorum, entsprechend zu unterscheiden haben; der Tutor hatte zu jenen Willenserklärungen des Unmündigen, welche nach altem Civilrechte unkräftig waren, seine auctoritas, sein Vollwort zu ertheilen; der Zweck des Consenses des Curators war dagegen, einen nach dem Civilrechte rechtsbeständigen Willen eines minor von unüberlegten, unbedachten Handlungen zurückzuhalten.

Diese Unterscheidung zwischen der auctoritas des Tutors und dem bloßen Consense des Curators entsprach natürlicherweise vollkommen dem bedeutenden Unterschiede zwischen der seit jeher schon sehr beschränkten Handlungsfähigkeit des impubes und jener des minor, welche ja nur in einzelnen Beziehungen begrenzt war.

In Ansehung des impubes infantia major galt die Regel, daß er alle blos bereichernden Handlungen, auch ohne auctoritas des Tutors, vornehmen könne; in Ansehung aller anderen Geschäfte aber, aller civilrechtlichen feierlichen Handlungen, aller obligirenden Contracte, aller Veräußerungen, war der Mündel an die auctoritas seines Tutors angewiesen.

Im Gegensatze zu der weitgehenden Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Unmündigen hatte das ältere römische Recht mit der pubertas sofort die vollkommene Handlungsfähigkeit eintreten lassen, und es waren selbst nach Justinianischem Rechte die obligatorischen Handlungen der Minorennen ipso jure verbindlich, auch wenn sie ohne Einwilligung des Curators vorgenommen worden waren, so daß namentlich nur in Ansehung der Veräußerung von Grundstücken, bald aber auch anderer Gegenstände, die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen im späteren Rechte beschränkt worden war.

Auctoritas des Tutors und Consens des Curators hatten aber — um auf das Obgesagte nochmals zurückzukommen — stets ein persönliches Handeln des impubes oder minor zur Voraussetzung; war ein persönliches Handeln des Bevormundeten unmöglich, so mußte der Vormund entweder die Handlungen durch Sklaven des Bevormundeten vornehmen lassen, oder aber er mußte den Ausweg wählen, die erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten einstweilen für sich zu behalten und sich später im directum und contrarium und negotiorum gestorum judicium mit dem Pflegling zu benehmen.

Erst im späteren römischen Rechte wurde die Strenge des alten Civilrechtes in den wichtigsten Punkten gemildert und in vielen Beziehungen auch angenommen, daß der Mündel durch

Handlungen und Rechtsgeschäfte der Vormünder activ und passiv repräsentirt werde[1]).

2. Rückblick auf das deutsche Recht.

Ein vollkommen verschiedenes Bild gewährt der Rückblick in's deutsche Recht; nach den Grundsätzen des älteren Rechtes konnte ein Unmündiger weder durch seine eigenen Handlungen und Unterlassungen, noch durch die Handlungen und Unterlassungen Anderer, auch nicht durch die seines Vaters und Vormundes, in der Art in Schaden gebracht und verpflichtet werden, daß er nicht freie Gewalt gehabt hätte, alle solche Handlungen binnen Jahr und Tag nach erreichter Mündigkeit zu widerrufen und alles Unterlassene nachzuholen, eine Regel, welche nur auf Delicte der Unmündigen keine Anwendung fand.

Aus diesem Grundsatze folgte mit Consequenz, daß, *wenn* das Kind den Widerruf nicht ausübte und *insolange* es denselben nicht ausübte, die vorerwähnten Handlungen als vollkommen giltig bestehen blieben[1]).

Ausnahmen von diesem Grundsatze kamen indessen schon früher mehrfach vor, und es galten insbesondere Veräußerungen, welche der Vormund gemacht hatte, um dringende Noth von seinem Mündel abzuwenden und um hinterlassene Schulden der Eltern oder Schulden des Mündels selbst zu bezahlen, als unwiderruflich[2]). Später hörte indessen die Unveräußerlichkeit des Mündelvermögens in dem oben gegebenen Sinne auf und namentlich befestigte sich der Grundsatz, daß der Mündel mit Einwilligung des Vormundes sein Gut auf eine hintendrein nicht mehr anfechtbare Weise veräußern könne[3]).

Nachdem das römische Recht die gemeinrechtliche Grundlage des Vormundschaftsrechtes geworden war, mußten sich die Grundsätze des deutschen Rechtes vielfache Modificationen gefallen lassen. Indessen bewirkten dennoch auch umgekehrt die Principien des deutschen Rechtes mannigfache Aenderungen des römischen, und namentlich war es die Entwickelung der deutschen Obervormundschaft im Gegensatze zur römischen, welche eine Hauptquelle mehrfacher Abänderungen des recipirten Rechtes geworden war, welche namentlich eine weit strengere Beaufsichtigung des Vormundes bei der Vermögensverwaltung zur Folge hatte und denselben anwies, in Vormundschaftssachen nichts Wichtiges ohne Anfrage bei der Obervormundschaft vorzunehmen, ohne daß jedoch

[1]) Rudorff, II. Bd., S. 207—349, welchem obige Darstellung entnommen ist.

[1]) Kraut II, S. 4 u. ff.

[2]) Ebenda, S. 19 u. ff.

[3]) Ebenda, S. 24 u. ff.

das gemeine Recht so weit gegangen wäre, dem Vormunde die Hauptverantwortlichkeit abzunehmen oder ihn zum bloßen Diener und Vollzieher der Befehle der obervormundschaftlichen Behörde zu machen [4]).

Der wichtigste Unterschied des im Wesentlichen auf den Principien des römischen Rechtes aufgebauten neuen deutschen Rechtes von seinen alten Quellen bildete aber jedenfalls die von uns schon oben hervorgehobene Zusammenschmelzung der beiden Arten römischer Vormundschaft, der tutela impuberum und der cura minorum, in die eine und wesentlich einheitliche Altersvormundschaft, welche ohne Unterbrechung von der Geburt des Kindes bis zu den erweiterten Vogtbarkeits-, ja selbst bis zu den aus dem römischen Rechte recipirten Volljährigkeitsterminen fortdauerte.

Kraut begründet seine Behauptung, daß in Beziehung auf Alles, was die Vormundschaft betrifft, die puberes vor erreichter Volljährigkeit in Deutschland ebenso handlungsunfähig waren, wie die impuberes nach römischem Rechte, zunächst durch die Hinweisung auf die oftbezogenen Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577, nach denen Jeder bis zu seiner major aetas einen Vormund haben mußte; er stützt ferner seine Argumente auf den Nachweis, daß sich schon im Mittelalter nach deutschem Rechte die Mündigkeitstermine weit — nahe bis an die Grenze der römischen major aetas — ausdehnten, ohne an der hergebrachten Bedeutung der Mündigkeit in irgend welcher Beziehung etwas zu ändern; er betont ferner auch noch, daß zur Zeit, als die Reichspolizeiordnungen erlassen wurden, die Juristen das römische Recht in der Art auslegten, daß ein pubes minor XXV annis, der einen beständigen Curator habe, sich ohne dessen Einwilligung ebensowenig giltig obligiren könne, als ein impubes; er weist endlich vollkommen treffend darauf hin, daß zwischen der auctoritas tutoris und dem consensus curatoris praktisch in Deutschland nicht unterschieden werden konnte, weil ja eben das deutsche Recht dem speciellen eigenthümlichen Grundsatze des römischen Rechtes, daß Niemand durch seinen Stellvertreter (directe) activ und passiv repräsentirt werden könne, nicht aufgenommen hatte, und schließt daraus, daß der deutsche Vormund während der ganzen Zeit der Vormundschaft seinem Mündel Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auferlegen konnte.

3. Oesterreichisches Recht.

Nach den zwei nothwendigen Rückblicken auf das römische und deutsche Recht dürfte die Darstellung der österreichischen

---

[4]) Kraut II, S. 94 u. ff.

Rechtsentwickelung weit weniger Schwierigkeiten des Verständnisses begegnen.

Greifen wir dem Ergebnisse der Untersuchung voraus, so werden wir sehen, daß das österreichische Recht, welches die ganze von uns betrachtete Periode hindurch nur eine einheitliche, nicht weiter abgetheilte Altersvormundschaft kannte, die (im Sinne des römischen Rechtes) Unmündigen und Minderjährigen in Ansehung ihrer Handlungsfähigkeit den gleichen Beschränkungen unterworfen hatte, und daß eine Repräsentation der Altersunmündigen durch den Vormund allgemein angenommen worden war; wir werden aber auch weiter sehen, daß sich im 17., vollends aber im 18. Jahrhunderte der steigende Einfluß der Obervormundschaft auf die Administration des Mündelvermögens immer mehr geltend machte, und daß der Vormund in Folge dieses gesteigerten Einflusses der Behörden den Mündel ohne Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichtes dritten Personen gegenüber regelmäßig nicht mehr verpflichtet konnte; wir werden endlich auch hier wieder sehen, wie in Folge dieses Einflusses der Vormund allmälig in die Stellung eines bloßen Bestellten, eines Executivorganes der Vormundschaftsbehörde getreten war, und den größten Theil jener Selbstständigkeit verloren hatte, welchen das neuere gemeine deutsche Recht, ungeachtet der auch in diesem Rechte gestiegenen Ingerenz der Obervormundschaft, denn doch noch gewahrt hatte.

Um den immerhin etwas complicirten Entwickelungsgang des österreichischen Rechtes übersichtlicher zu gestalten, werden wir vier Zeitabschnitte in unserer Darstellung unterscheiden, und im ersten die Entwickelung bis zur Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669, im zweiten die Grundsätze dieses Gesetzes, im dritten namentlich die im 18. Jahrhunderte durch den steigenden Einfluß der Obervormundschaft hervorgerufenen Aenderungen und im vierten die Anordnungen des Gesetzbuches Kaiser Josef's darstellen.

a) Rechtsentwickelung bis zur Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669.

Konnte es nach der Reception des römischen Rechtes unter den deutschen Juristen streitig sein, ob den recipirten Unterschieden der Benennungen „impubes" und „minor", „Tutor" und „Curator" auch ein Unterschied in der Sache, ein Unterschied in der Handlungsfähigkeit der Altersunmündigen entsprochen habe[1]), so ermangelte es im österreichischen Rechte an dem Hauptargumente, an welches sich diese Controverse anlehnen konnte, an der Reception des Begriffes der römischen major aetas, welche im öster-

[1]) Kraut II, S. 96 u. ff.

reichischen Rechte, oder zum mindesten in den österreichischen Gesetzen nicht stattgefunden hat.

Schon in einem früheren Abschnitte haben wir hervorgehoben, daß die Wiener Freiheiten vom Jahre 1526, daß die „Reform guter Policey" vom Jahre 1552, daß die Gesetze über Vergerhabung und Versorgung der Pupillen der oberen Stände aus den Jahren 1631 und 1634 und die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 sich damit begnügt hatten, den Vogtbarkeitstermin auf 20, rücksichtlich 22 Jahre hinauszuschieben, daß sie niemals die major aetas des römischen Rechtes neben diesem neuen Vogtbarkeitstermine einführten, bestätigten oder anerkannten, und daß sich hieraus die ganz natürliche Consequenz ergab, daß die Beschränkungen der Handlungsfähigkeit altersunmündiger Personen, welche früher bis zum 12. und 14. Jahre gewährt hatten, nunmehr bis zum 20., beziehungsweise bis zum 22. Lebensjahre der Altersunmündigen fortdauerten, ohne daß durch die Hinausschiebung der Vogtbarkeitstermine zwei wesentlich verschiedene Altersstufen mit beschränkter Handlungsfähigkeit entstanden wären.

Die Terminologie des römischen Rechtes brachte es nun zwar allerdings mit sich, daß in Gesetzen und aufgezeichneten Rechtsgewohnheiten, in literarischen Werken und in gerichtlichen Entscheidungen häufig von „Pupillen und minderjährigen Kindern", „von Unmündigen und Minderjährigen" gesprochen wurde; allein es läßt sich nicht nur beweisen, daß selbst die Worte „Pupillen" und „Minderjährige" häufig als Synonyme untereinander und mit dem Worte „Unvogtbare" gebraucht wurden, und daß, namentlich wenn von Minderjährigkeit im österreichischen Rechte die Rede war, unter diesem Worte nicht das Lebensalter bis zum vollendeten 25., sondern lediglich das Lebensalter bis zum vollendeten 20., beziehungsweise 22. Lebensjahre verstanden wurde, sondern es läßt sich der noch viel entscheidendere Beweis führen, daß stets die gleichen Rechtssätze auf sämmtliche Altersunmündige ohne weitere Unterscheidung angewendet wurden, wenn auch aus hergebrachter Anhänglichkeit an die römische Terminologie „von Pupillen und Minderjährigen" gesprochen wurde.

Den entscheidendsten Beweis für diese unsere Behauptung finden wir in der Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669, welche ausdrücklich hervorhob, „daß bishero in dem Ertzhertzogthumb Oesterreich zwischen denen Unmündigen und Minderjährigen, wie auch denen Tutoren und Curatoren, ein Unterschied nicht gehalten worden sei, und daß es dabei in Hinkunft auch verbleiben solle" [2]).

[2]) Gerhabschaftsordnung, I. Titel, §. 2.

ten nach diesem Rechtsbuche ohne weitere Unterscheidung von ihren Gütern nichts verkaufen [4]), kein Geld ausleihen [5]), noch solches entlehnen [6]), nichts verpfänden oder belasten [7]) und keine Bürgschaft und Fideijussion eingehen [8]); Pupillen und Minderjährige durften ihr Vermögen nicht cediren und übergeben [9]), keine Verträge und Vergleiche abschließen [10]), nichts verschenken [11]), ihre Schulden nicht bezahlen [12]), keine Erbschaft auch mit der Rechtswohlthat des Inventariums antreten [13]) und eine ihnen aufgetragene Testamentsexecution nicht übernehmen [14]).

---

[4]) Ebenda, II. Buch, I. Titel: „Von Kauffen und Verkauffen", Fol. 103v. „Was ein Pupil und minderjähriger ohne vorwissen seiner Gerhaben oder Curatoren von seinen Güttern verkaufft, das kann für einen gültigen kauff nit bestehen."

[5]) Ebenda, II. Buch, VIII. Titel: „Von Geldtschulden und Paren Fürlehen", Fol. 133v. „Die unvogtbaren und minderjährigen sohlen ohne vorwissen und Bewilligung Ihrer fürgesetzten Gerhaben oder Curatoren nichts außleihen, sonsten mögen bemelte Gerhaben und Curatoren solches gelt, und da es nit mehr vorhanden, desselben gleichmessige erstattung wider einfordern."

[6]) Ebenda, II. Buch, VIII. Titel, Fol. 134v. „Ein unvogtbarer soll ohn vorwissen und Zugeben seiner Gerhaben und Curatoren nichts entlehnen; da Ihme aber auffer derselben willen geldt oder geldtswerth geliehen würdt, soll der glaubinger keiner Bezahlung wider habhafft werden, Er bringe denn einen glaubwürdig schein für, daß der unvogtbare solches gelt nit bößlich anworden, sondern zu seiner nottdurfft und wollfart verzehrt".

[7]) Ebenda, II. Buch, XIV. Titel: „Von pfanden, Hypotheken, Sätzen und derselben Aigenschafft", Fol 146. „Die Pupillen und Minderjährigen sollen Ihr Haab und guet ohne ihrer fürgesetzten Pfleger-Bätter wissen und willen nit versetzen." Siehe auch Schwartzenthaller „Tractatus de pignoribus et hypothecis", Cap. VII, 2, S. 38.

[8]) Ebenda, II. Buch, XVII. Titel: „Von willkührlichen Bürgschafften, so außer Gericht beschehen", Fol. 158. „Die unvogtbaren und minderjährigen sollen sich ohne vorwissen ihrer fürgesetzten Gerhaben und Curatoren in keine Fideijussion einlassen".

[9]) Ebenda, II. Buch, XIX. Titel: „Von Solutionen, Bezahlungen und Abrichtung der Schulden", Fol. 165v. „Die Pupillen und minderjährigen sollen ohn vorwissen Ihrer fürgesetzten Pfleg-Bätter nichts bezahln."

[10]) Ebenda, II. Buch, XX. Titel: „Von Cessionn und Uebergaben", Fol. 173.

[11]) Ebenda, II. Buch, XXVI. Titel: „Von Transactionen, Verträgen und vergleichung strittiger Rechtssachen und händl", Fol. 185 und 185v. „Die Unvogtbaren und minderjährigen sollen sich ohne vorwissen und Beysein Ihrer fürgesetzten Vormünder, Gerhaben und Curatoren, keines vertrags mächtigen, sonsten solle derselb nit crafft haben."

[12]) Ebenda, II. Buch, XXIX. Titel: „Von Donationen und übergaben under den Lebenden", Fol. 205v. „Die Pupillen und minderjährigen sollen ohne vorwissen ihrer fürgesetzten Pfleg-Bätter nichts verschenken; da es aber beschah, solle die Donation nichtig und crafftloß sein.

[13]) Ebenda, III. Buch, XXXIV. Titel: „Von Annehmung, Antrettung und mächtigung der Erbgüetter", Fol. 243.

[14]) Ebenda, III. Buch, LIV. Titel: „Von den Executionen

Diesem geschichtlichen Zeugnisse entspricht es vollkommen, wenn wir sehen, daß in der Reform guter Polizei vom Jahre 1552, daß in der niederösterreichischen Landesordnung vom Jahre 1573, daß in den von Suttinger allegirten Entscheidungen die Worte „Vogtbarkeit, Volljährigkeit, major aetas" und die daraus abgeleiteten Adjectiven ebenso synonym wie die Ausdrücke „Tutor, Curator, Gerhab, Vormund und Pflegvater" gebraucht wurden, weil eben dieser abwechselnde Sprachgebrauch nur zu deutlich zeigt, daß den beibehaltenen verschiedenen Benennungen — welche ursprünglich besondere Bedeutungen hatten — ein Unterschied in der Sache nicht mehr entsprochen habe, und daß eben deshalb jedes Wort aus beiden angeführten Reihen das andere vollkommen vertreten konnte.

Diesem so in die Augen springenden Argumente gegenüber kann es wohl selbstverständlich nichts bedeuten, daß in der Reform guter Polizei vom Jahre 1552 von den Beschränkungen der Handlungsfähigkeit altersunmündiger Personen ex professo nicht die Rede war; es hatte ja dieses Gesetz hauptsächlich die Aufgabe, in dem die Vormundschaft betreffenden Theile die Bestimmungen des vier Jahre früher — im Jahre 1548 — erlassenen deutschen Reichsgesetzes mit den erforderlichen Modificationen nach Oesterreich zu übertragen und insbesondere den Einfluß der Obervormundschaft auf die Führung der Vormundschaft zu präcisiren und zu steigern — und eben deswegen darf man sich nicht wundern, in diesem Gesetze weit weniger Bestimmungen über das materielle Recht als vielmehr einer Regelung der jurisdictio voluntaria in Beziehung auf das Vormundschaftswesen zu begegnen.

Uebrigens wird der Mangel an Detailbestimmungen über unsere Frage, welche wir in dem Gesetze des Jahres 1552 entdecken, reichlich aufgewogen durch die Menge einschlägiger Stellen, welche die Landesordnung vom Jahre 1573 enthielt, welches Rechtsbuch sich in Ansehung des Vormundschaftsrechtes ausdrücklich auf das bezogene Gesetz des Jahres 1552 berufen hatte.

Die Landesordnung läßt nun aber in der That keinen Zweifel aufkommen, daß das österreichische Recht nur einen Termin beschränkter Handlungsfähigkeit kannte, und wir hoffen auf die Nachsicht unserer Leser, wenn wir, um der Neuheit des Gegenstandes Willen, mit der Anführung der Belegstellen nicht sparsam umgehen.

Das gerichtliche Geständniß eines Minderjährigen war nach der Landesordnung ebenso ungiltig wie das eines Unmündigen (Unvogtbaren)[3]; Pupillen und Minderjährige durf-

[3] Niederösterr. Landtsordnung, I. Buch, XXX. Titel: „Von gerichtlichen Bekandtnussen", Fol. 75. „Fürs Dritt müssen die Gerichtlichen Bekandtnussen von Vogtbaren Personen beschehen, was aber ein minderjähriger bestehet, das ist nichtig."

ten nach diesem Rechtsbuche ohne weitere Unterscheidung von ihren Gütern nichts verkaufen [4]), kein Geld ausleihen [5]), noch solches entlehnen [6]), nichts verpfänden oder belasten [7]) und keine Bürgschaft und Fideijussion eingehen [8]); Pupillen und Minderjährige durften ihr Vermögen nicht cediren und übergeben [9]), keine Verträge und Vergleiche abschließen [10]), nichts verschenken [11]), ihre Schulden nicht bezahlen [12]), keine Erbschaft auch mit der Rechtswohlthat des Inventariums antreten [13]) und eine ihnen aufgetragene Testamentsexecution nicht übernehmen [14]).

---

[4]) Ebenda, II. Buch, I. Titel: „Von Kauffen und Verkauffen", Fol. 103v. „Was ein Pupil und minderjähriger ohne vorwissen seiner Gerhaben oder Curatoren von seinen Güttern verkaufft, das kann für einen gültigen kauff nit bestehen."

[5]) Ebenda, II. Buch, VIII. Titel: „Von Geldtschulden und Paren Fürlehen", Fol. 133v. „Die unvogtbaren und minderjährigen sohlen ohne vorwissen und Bewilligung Ihrer fürgesetzten Gerhaben oder Curatoren nichts außleihen, sonsten mögen bemelte Gerhaben und Curatoren solches gelt, und da es nit mehr vorhanden, desselben gleichmessige erstattung wider einfordern."

[6]) Ebenda, II. Buch, VIII. Titel, Fol. 134v. „Ein unvogtbarer soll ohn vorwissen und Zugeben seiner Gerhaben und Curatoren nichts entlehnen; da Ihme aber auffer derselben willen geldt oder geldtswerth geliehen würdt, soll der glaubinger keiner Bezahlung wider habhafft werden, Er bringe denn einen glaubwürdig schein für, daß der unvogtbare solches gelt nit bößlich anworden, sondern zu seiner nottdurfft und wollfart verzehrt".

[7]) Ebenda, II. Buch, XIV. Titel: „Von pfanden, Hypotheken, Sätzen und derselben Aigenschafft", Fol 146. „Die Pupillen und Minderjährigen sollen Ihr Haab und guet ohne ihrer fürgesetzten Pfleger-Bätter wissen und willen nit versetzen." Siehe auch Schwartzenthaller „Tractatus de pignoribus et hypothecis", Cap. VII, 2, S. 38.

[8]) Ebenda, II. Buch, XVII. Titel: „Von willkührlichen Bürgschafften, so außer Gericht beschehen", Fol. 158. „Die unvogtbaren und minderjährigen sollen sich ohne vorwissen ihrer fürgesetzten Gerhaben und Curatoren in keine Fideijussion einlassen".

[9]) Ebenda, II. Buch, XIX. Titel: „Von Solutionen, Bezahlungen und Abrichtung der Schulden", Fol. 165v. „Die Pupillen und minderjährigen sollen ohn vorwissen Ihrer fürgesetzten Pfleg-Bätter nichts bezahln."

[10]) Ebenda, II. Buch, XX. Titel: „Von Cessionn und Uebergaben", Fol. 173.

[11]) Ebenda, II. Buch, XXVI. Titel: „Von Transactionen, Verträgen und vergleichung strittiger Rechtssachen und händl", Fol. 185 und 185v. „Die Unvogtbaren und minderjährigen sollen sich ohne vorwissen und Beysein Ihrer fürgesetzten Vormünder, Gerhaben und Curatoren, keines vertrags mächtigen, sonsten solle derselb nit crafft haben."

[12]) Ebenda, II. Buch, XXIX. Titel: „Von Donationen und übergaben under den Lebenden", Fol. 205v. „Die Pupillen und minderjährigen sollen ohne vorwissen ihrer fürgesetzten Pfleg-Bätter nichts verschenken; da es aber beschah, solle die Donation nichtig und crafftloß sein.

[13]) Ebenda, III. Buch, XXXIV. Titel: „Von Annehmung, Antrettung und mächtigung der Erbgüetter", Fol. 243.

[14]) Ebenda, III. Buch, LIV. Titel: „Von den Executionen

Alle diese Handlungen und Rechtsgeschäfte mußten vom Vormunde oder doch mit Genehmigung des Vormundes, bisweilen auch des vormundschaftlichen Gerichtes vorgenommen werden, sonst waren sie kraftlos und ungiltig, ohne Unterscheidung, ob es sich um impuberes im Sinne des römischen Rechtes handelte oder nicht, falls die Personen nur unvogtbar im Sinne des österreichischen Rechtes, das heißt nicht 22, beziehungsweise 20 Jahre vollkommen alt waren.

Die niederösterreichische Landtsordnung enthielt aber nicht blos diese angeführten Stellen zum Beweise der einheitlichen Natur der Altersvormundschaft, sondern auch die Fähigkeit zur Eheschließung — ohne Consens des Vormundes —; das Recht zur Testamentserrichtung und zum rechtsbeständigen gerichtlichen Zeugnisse sowohl als auch zum Sollennitätszeugnisse wurde auf den Vogtbarkeitstermin, wenn auch theilweise auf einen besonderen früheren Vogtbarkeitstermin, bezogen.

Da das römische Recht an die erreichte pubertas das Recht der Eheschließung, der Testamentserrichtung und der Eidesleistung geknüpft hatte, so ist es eben klar, daß das österreichische Recht in keiner Weise den ihm doch so genau bekannten römischen Mündigkeitstermin annehmen, sondern beharrlich auf der einheitlichen Natur der Altersvormundschaft bestehen wollte.

Ueber die Eheschließung haben wir schon im früheren Abschnitte die erforderlichen Nachweise beigebracht; rücksichtlich der Testirungsfähigkeit haben wir ebenfalls schon im Abschnitte, welcher von den Altersterminen handelte, hervorgehoben, daß das österreichische Recht nur den Vogtbaren das Recht zur Testamentserrichtung zugestanden und lediglich in favorem ultimarum voluntatum den Ausweg gewählt hatte, die Vogtbarkeitstermine für diesen Fall (Anfangs für das männliche Geschlecht auf 20, und für das weibliche auf 18 Jahre und später allgemein auf 18 Jahre) festzusetzen [15]), und es erübrigt uns demnach nur noch hervorzuheben, daß nach der bezogenen Landesordnung die Unvogtbaren zu Zeugnißpersonen nicht gebraucht werden sollten [16]), und daß ebenfalls nur vogtbare Personen zu Testamentsfieglern genommen werden möchten, daß aber in dem letzteren Falle die Vogt-

---

oder vollziehung eines testamentlichen und anderen letzten willens". Fol. 267. „Die Unvogtbaren und minderjährigen taugen zu derley ausrichtung auch nit."

[15]) Die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526, Codex austr. II, S. 489, knüpften die Giltigkeit der Testamentserrichtung unvogtbarer Personen auch noch an das Vorwissen der Gerhaben und der nächsten Freunde. Dieses Particularrecht der Stadt Wien ist aber nach Walther's Zeugnisse nicht Landesrecht geworden; das bezeugt Reutter ad Tab. VII, n. 10.

[16]) Niederösterr. Landtsordnung, I. Buch, XXIII. Titel: „Von lebendigen Kundtschafften und Zeugensagen", Fol. 52.

barkeit (wie bei der Testamentserrichtung) mit Vollendung des 18. Jahres angehen sollte[17]).

Nach diesem beredten Zeugnisse aus der Landesordnung über die Einheit der österreichischen Altersstermine im 16. und 17. Jahrhunderte bis zur Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 erscheint es nahezu vollkommen überflüssig, noch auf andere Belegstellen hinzuweisen; dennoch können wir nicht umhin, der Vollständigkeit halber das von Kaiser Rudolf II. unter dem Titel „Senatus-Consultum Macedonianum" am 18. Juli 1589 erlassene Gesetz — „durch welches, ohne nähere Unterscheidung, verboten wurde, den in der Eltern, Gerhaben oder Befreundten Macht befindlichen Personen außer Vorwissen der Eltern, Gerhaben oder Befreundten etwas für- oder darzuleihen oder Contracte in dergleichen Fällen mit ihnen einzugehen" [18]) — hier zu beziehen und auf jene von Suttinger mitgetheilten Entscheidungen zurückzukommen, welch' letztere die bewußte Abweichung des österreichischen vom römischen Rechte ganz deutlich nachweisen.

Die erste Entscheidung vom 5. Jänner 1622 erklärte alle von einem sicheren jungen Strein getroffenen und aufgerichteten Contracte, „weil derselbe bishero unter deren fürgesetzten Gerhaben Gewalt und Tutela gewest, als für sich selbst ganz ungültig, gänzlich cassirt, aufgehebt und annullieret" [19]), obwohl denn doch dieser minderjährige Strein die annos pupillares bei Abschließung des Contractes muthmaßlich überschritten hatte — und die zweite Entscheidung vom 23. März 1652 sprach es noch deutlicher aus, „daß es vorgesehenen Rechtens sei, obschon eine Manns- oder Weibs-Person annos pupillares überschritten aber noch in seiner minderjährigen Zeit und actualiter der Curatel untergeben sei, daß ein solcher oder eine solche keinen einzigen Contract ohne Vorwissen und Einwilligung ihrer Gerhaben nicht vornehmen und schließen können, und daß auch, wenn auch schon etwas vorgenommen und von solcher Person gehandelt wurde, doch solches ipso jure krafftlos und ungültig, als ob es nie geschehen wäre, seyn und bleiben müsse, was von den (interdicirten) Majorennibus, qui sine authoritate Curatorum contrahunt gleichermaßen zu verstehen sei." [20]).

Nach so beredten Zeugnissen für die Einheit der Altersunmündigkeit im österreichischen Rechte, welche mit der Geburt begann und dann gleichmäßig bis zur Vollendung des 20., be-

[17]) Niederösterr. Landtsordnung, III. Buch, V. Titel: „Von Testamenten, Zeugen, Siglern oder Fertigern des Letzten willens", Fol. 215.
[18]) Codex austr. II, S. 297, und Suttinger S. 767.
[19]) Suttinger, S. 510.
[20]) Ebenda, S. 510.

ziehungsweise 22. Lebensjahres fortdauerte und nach dem Ablaufe dieses Zeitraumes endete, ohne noch einer minor aetas bis zum vollendeten 25. Lebensjahre Platz zu machen, könnte nur noch eine Stelle aus des berühmten Schwartzenthaler's Werk über den österreichischen Proceß auf den ersten Blick geeignet sein, ein Mißverständniß einzuleiten, während, genauer besehen, eben diese Stelle eine wichtige Bestätigung der von uns vorgetragenen Anschauung gewährt.

Schwartzenthaler erörterte in seinem 1594 geschriebenen Werke die Frage des Eides als Verpflichtungsgrund bei Contracten und sprach sich folgendermaßen aus: „Juris namque civilis dispositione contractus minorum sine eorum curatoribus invalide prorsus sunt, quare nec jurejurando jure civili stabiliri queunt . . . . Jure vero canonum non usque adeo iniqui et inanes hi actus judicantur, sed ita, ut eorum defectus jurejurando firmari queant . . . . Hujus denique regionis (Austriae) more actus hi cuncti et similes per se efficaces habentur, ut jurejurando confirmante opus non sit"[21]).

Man könnte nun allerdings diese Stelle so auffassen, daß die Contracte Mündiger, das heißt mehr als 14, beziehungsweise 12 Jahre alter Personen nach österreichischer Rechtsgewohnheit des 16. Jahrhunderts einer Zustimmung des Curators nicht bedurften, und diese Auslegung würde gerade zu dem Gegentheile dessen hinführen, was wir aus den zahlreich en angeführten Belegstellen abgeleitet haben.

Bei dem bedeutenden Rufe, den Schwartzenthaler stets genossen hat, ist es auch nicht zu denken, daß ein so angesehener Gelehrter einen Irrthum in einem so wichtigen Punkte mit so großer Entschiedenheit und ohne auch nur eine Controverse anzudeuten, gelehrt hätte, und so würde man sich daher in der That vor einem schwer zu lösender Widerspruche befinden.

Die Lösung dieses Widerspruches ist aber einfach wenn man von der ganz berechtigten Voraussetzung ausgeht, daß Schwartzenthaler — welcher das römische Recht nahezu ausschließlich berücksichtigte — die österreichische Vogtbarkeit der römischen pubertas paralleliſirte; in diesem Falle galten ihm dann alle unvogtbaren Personen bis zum 20. und 22. Lebensjahre als impuberes und es konnte von einer minor aetas überhaupt nur nach diesem Zeitraume die Rede sein; da aber eben nach der erlangten Vogtbarkeit sämmtliche Contracte nach öster-

---

[21]) Schwartzenthaler: Tractatus judiciarii Ordinis in tres partes digestus, liber II. actus X. cap. 2 de jurisjurandi divisione. S. 270 und 273.

reichischem Rechte giltig geschlossen werden konnten, so durfte Schwartzenthaler vollkommen richtig sagen, daß die minores XXV annis (soferne sie nicht impuberes nach österreichischem Rechte seien) zu ihren Contracten der Genehmigung eines Curators nicht bedurften.

Die Wahrscheinlichkeit, ja wir möchten sagen die Gewißheit, dieser unserer Auslegung wird erheblich durch den im 18. Jahrhunderte schreibenden Bossius bestätigt, der eben durch die Beziehung römischer Terminologie auf österreichisches Recht dazu gelangte, die Personen bis zum vollendeten 20., beziehungsweise 18. Lebensjahre als „impuberes" und von da angefangen bis zu dem von Maria Theresia eingeführten Majorennitätstermine von 24 Jahren als „minores" zu bezeichnen[22]).

Nach dieser kurzen Auseinandersetzung können wir über Dasjenige, was über diesen Punkt noch zu sagen ist, weit schneller hinauskommen.

Es obliegt uns nämlich nur noch der doppelte Nachweis, daß nach dem österreichischen Rechte bis zur Gerhabschaftsordnung die Einwilligung des Vormundes in allen nicht insbesondere der Genehmigung der Obervormundschaft vorbehaltenen Fällen genügte, um den Altersunmündigen auch dritten Personen gegenüber zu obligiren, und daß es regelmäßig irrelevant war, ob der Altersunmündige mit Genehmigung des Vormundes, oder ob der Vormund ohne jede persönliche Intervention des Mündels für diesen handelte.

Was den ersten Punkt betrifft, so sind sowohl in der Reform guter Polizei vom Jahre 1552 wie auch in der Landtsordnung des Jahres 1573 die Fälle speciell aufgeführt, in denen die Einwilligung des Vormundes allein zur Verpflichtung des Curanden nicht genügte, sondern bald die Einwilligung der Obervormundschaft, bald der nächsten Befreundten des Mündels gefordert wurde; in allen anderen nicht ausgenommenen Richtungen hatte aber der Vormund freie Hand, was in der Landtsordnung insbesondere theils ausdrücklich, theils stillschweigend dadurch hervorgehoben wurde, daß, im Gegensatze zu den der Genehmhaltung der Obervormundschaft vorbehaltenen Fällen, blos das Vorwissen und die Einwilligung der Gerhaben zur Obligirung des Mündels erfordert wurde.

An besondere Einwilligung der Vormundschaftsbehörde waren,

---

[22]) Bossius, S. 22: „Homines . . . . . sunt impuberes masculi usque ad annum aetatis 20, foeminae ad annum 18; vel puberes masculi expleto anno 20, foeminae expleto anno 18; minores 24 annis vel majores 24 annis."

Handlungen und Rechtsgeschäfte der Vormünder activ und passiv repräsentirt werde[1]).

2. Rückblick auf das deutsche Recht.

Ein vollkommen verschiedenes Bild gewährt der Rückblick in's deutsche Recht; nach den Grundsätzen des älteren Rechtes konnte ein Unmündiger weder durch seine eigenen Handlungen und Unterlassungen, noch durch die Handlungen und Unterlassungen Anderer, auch nicht durch die seines Vaters und Vormundes, in der Art in Schaden gebracht und verpflichtet werden, daß er nicht freie Gewalt gehabt hätte, alle solche Handlungen binnen Jahr und Tag nach erreichter Mündigkeit zu widerrufen und alles Unterlassene nachzuholen, eine Regel, welche nur auf Delicte der Unmündigen keine Anwendung fand.

Aus diesem Grundsatze folgte mit Consequenz, daß, *wenn* das Kind den Widerruf nicht ausübte und *insolange* es denselben nicht ausübte, die vorerwähnten Handlungen als vollkommen giltig bestehen blieben[1]).

Ausnahmen von diesem Grundsatze kamen indessen schon früher mehrfach vor, und es galten insbesondere Veräußerungen, welche der Vormund gemacht hatte, um dringende Noth von seinem Mündel abzuwenden und um hinterlassene Schulden der Eltern oder Schulden des Mündels selbst zu bezahlen, als unwiderruflich[2]). Später hörte indessen die Unveräußerlichkeit des Mündelvermögens in dem oben gegebenen Sinne auf und namentlich befestigte sich der Grundsatz, daß der Mündel mit Einwilligung des Vormundes sein Gut auf eine hintendrein nicht mehr anfechtbare Weise veräußern könne[3]).

Nachdem das römische Recht die gemeinrechtliche Grundlage des Vormundschaftsrechtes geworden war, mußten sich die Grundsätze des deutschen Rechtes vielfache Modificationen gefallen lassen. Indessen bewirkten dennoch auch umgekehrt die Principien des deutschen Rechtes mannigfache Aenderungen des römischen, und namentlich war es die Entwickelung der deutschen Obervormundschaft im Gegensatze zur römischen, welche eine Hauptquelle mehrfacher Abänderungen des recipirten Rechtes geworden war, welche namentlich eine weit strengere Beaufsichtigung des Vormundes bei der Vermögensverwaltung zur Folge hatte und denselben anwies, in Vormundschaftssachen nichts Wichtiges ohne Anfrage bei der Obervormundschaft vorzunehmen, ohne daß jedoch

---

[1]) Rudorff, II. Bd., S. 207—349, welchem obige Darstellung entnommen ist.

[1]) Kraut II, S. 4 u. ff.

[2]) Ebenda, S. 19 u. ff.

[3]) Ebenda, S. 24 u. ff.

das gemeine Recht so weit gegangen wäre, dem Vormunde die Hauptverantwortlichkeit abzunehmen oder ihn zum bloßen Diener und Vollzieher der Befehle der obervormundschaftlichen Behörde zu machen[4]).

Der wichtigste Unterschied des im Wesentlichen auf den Principien des römischen Rechtes aufgebauten neuen deutschen Rechtes von seinen alten Quellen bildete aber jedenfalls die von uns schon oben hervorgehobene Zusammenschmelzung der beiden Arten römischer Vormundschaft, der tutela impuberum und der cura minorum, in die eine und wesentlich einheitliche Altersvormundschaft, welche ohne Unterbrechung von der Geburt des Kindes bis zu den erweiterten Vogtbarkeits-, ja selbst bis zu den aus dem römischen Rechte recipirten Volljährigkeitsterminen fortdauerte.

Kraut begründet seine Behauptung, daß in Beziehung auf Alles, was die Vormundschaft betrifft, die puberes vor erreichter Volljährigkeit in Deutschland ebenso handlungsunfähig waren, wie die impuberes nach römischem Rechte, zunächst durch die Hinweisung auf die oftbezogenen Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577, nach denen Jeder bis zu seiner major aetas einen Vormund haben mußte; er stützt ferner seine Argumente auf den Nachweis, daß sich schon im Mittelalter nach deutschem Rechte die Mündigkeitstermine weit — nahe bis an die Grenze der römischen major aetas — ausdehnten, ohne an der hergebrachten Bedeutung der Mündigkeit in irgend welcher Beziehung etwas zu ändern; er betont ferner auch noch, daß zur Zeit, als die Reichspolizeiordnungen erlassen wurden, die Juristen das römische Recht in der Art auslegten, daß ein pubes minor XXV annis, der einen beständigen Curator habe, sich ohne dessen Einwilligung ebensowenig giltig obligiren könne, als ein impubes; er weist endlich vollkommen treffend darauf hin, daß zwischen der auctoritas tutoris und dem consensus curatoris praktisch in Deutschland nicht unterschieden werden konnte, weil ja eben das deutsche Recht dem speciellen eigenthümlichen Grundsatze des römischen Rechtes, daß Niemand durch seinen Stellvertreter (directe) activ und passiv repräsentirt werden könne, nicht aufgenommen hatte, und schließt daraus, daß der deutsche Vormund während der ganzen Zeit der Vormundschaft seinem Mündel Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auferlegen konnte.

3. Oesterreichisches Recht.

Nach den zwei nothwendigen Rückblicken auf das römische und deutsche Recht dürfte die Darstellung der österreichischen

---

[4]) Kraut II, S. 94 u. ff.

nahme von diesem allgemeinen Grundsatze gemacht und jederzeit die Einwilligung des Mündels in die Erbantretung gefordert wurde[46]).

b) Rechtsentwickelung nach der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669.

Unsere Aufgabe wird wesentlich leichter, wenn wir uns der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 zuwenden.

Während wir es in der eben früher behandelten Periode mit dem nicht geschriebenen Rechte zumeist zu thun hatten und aus vielen zerstreuten Stellen erst die Grundsätze ableiten mußten, besitzen wir für den Zeitraum, den wir uns jetzt zu betrachten anschicken, ein klar durchdachtes, gut ausgearbeitetes Gesetz, welches sich nicht mehr damit begnügte, blos die äußere Ordnung des Vormundschaftswesens festzusetzen, sondern welches sich die Aufgabe stellte, die materiell-rechtlichen Grundsätze umfassend vorzutragen und eben dadurch der Unsicherheit abzuhelfen, welche das nichtgeschriebene Recht im Gefolge hatte.

Das unterscheidet ja eben die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 so wesentlich von allen anderen früher erschienenen Gesetzen, daß es eine systematische und umfassende Regelung eines Rechtsinstitutes enthalten sollte, und daß es dieser Aufgabe durch eine sorgfältig gewählte Textirung so sehr entsprach.

Wenn wir die „Reform guter Polizei für die fünff Niederösterreichischen Lande" vom Jahre 1552, wenn wir die auf dieses Gesetz basirten Theile der „Landtsordnung des Erzherzogthums Oesterreich ob der Enns" vom Jahre 1609 [1]) und der „Landthandveste des Ertzherzogthums Khärndten" vom Jahre 1610 betrachten und mit diesen drei Gesetzen die ein ganzes, beziehungsweise ein halbes Jahrhundert später erschienene Gerhabschaftsordnung von 1669 vergleichen, so gewahren wir eben in dem von uns jetzt behandelten Abschnitte den ganz außerordentlichen Fortschritt der österreichischen Gesetzgebung in dem letzteren Erzeugnisse, und wir werden dem Zeugnisse Reutter's vollkommen glauben, daß zur Zeit, als die Gerhabschaftsordnung publicirt wurde, der Gedanke, eine vollkommen ausgearbeitete Landesordnung mit Gesetzeskraft auszu-

---

[46]) Niederösterr. Landtsordnung, III. Buch, XXXIV. Titel: „Von annehmung, antrettung, und mächtigung der Erbgüetter", Fol. 243. „Wann eine Erbschafft ainem Kindt, so noch unvogtbar und in des Vatters gewaltsamb zustehet, solle der Vatter mit des Kinds vorwissen die Antretung thun. Da aber die Vätter nit im Leben, sollen sich die Gerhaben (doch mit des unvogtbaren willen) der Erbschafft mechtigen, und da kein Gerhab vorhanden, stehet solches den negsten Befreundten zu."

[1]) Landtsordnung für Oesterreich ob der Enns, III. Buch, 43. Titel.

rüsten, schon vorbereitet war [2]), ja wir werden es sogar nicht unwahrscheinlich finden können, daß die Gerhabschaftsordnung eben jener Theil des Gesetzes gewesen ist, welcher zuerst klar ausgearbeitet war und daher, ohne erst auf die Publication des ganzen Werkes zu warten, als Gesetz kundgemacht werden konnte.

Die Gerhabschaftsordnung widmete einen eigenen Titel der Lehre „von den Handlungen der Pupillen, ohne Verwilligung der Gerhaben und der Obrigkeit“ [3]) und stellte zuerst Grundsätze in dieser Materie auf.

Vor Allem war nunmehr klar ausgesprochen worden, „daß wie bißhero in diesem Ertzherzogthumb zwischen den Unmündigen und Minderjährigen, wie auch denen Tutoren und Curatoren dießfalls kein Unterschied gehalten worden sei, es also auch hinfüro darbey verbleiben und die Gerhab- und Vormundschafft auf ein und anders biß zur Erreichung der Vogtbaren Jahre, auch durchgehends sowohl auff die Personn als die Guetter, verstanden werden solle“ [4]).

Die vogtbaren Jahre wurden an einer anderen Stelle dieses Gesetzes für das männliche Geschlecht auf das vollendete 22., und für das weibliche auf das vollendete 20. Lebensjahr gestellt [5]), und nunmehr konnte bei uns auch nicht der geringste Zweifel obwalten, daß Unmündigkeit, Minderjährigkeit und Unvogtbarkeit einerseits, Mündigkeit, Volljährigkeit und Vogtbarkeit andererseits Synonime der österreichischen Rechtssprache seien, und daß es besonderer Anhaltspunkte bedürfe, um selbst aus dem Gebrauche der lateinischen Worte pupillus, minor, major aetas, tutor, curator, auctoritas, consensus etc. auf die gemeinrechtliche Bedeutung dieser Ausdrücke zu schließen.

Eben so klar wie die Dauer der beschränkten Handlungsfähigkeit war in der Gerhabschaftsordnung der Umfang dieser Beschränkung ausgesprochen worden.

Als Gesetz galt nunmehr für alle Unvogtbaren von der Geburt bis zum vollendeten 22., beziehungsweise 20. Lebensjahre, „daß ein Pupille ohne Vorwissen und Bewilligung seiner Gerhaben nichts verkauffen, verpfänden oder in andern weeg veräußern, noch sonsten einige Contracte eingehen könne, und daß, wenn es beschehe, eine solche Handlung gantz nichtig und unkräfftig sei, und derjenige, so mit denen Pupillen dergestalt gehandelt, das

---

[2]) Reutter, a. a. O., S. 1.
[3]) Gerhabschaftsordnung, XIV. Titel.
[4]) Ebenda, I. Titel, § 2.
[5]) Ebenda, XVI. Titel, §. 2.

etwan dadurch empfangene Gut ihnen und ihren Gerhaben sammbt aller auffgehobenen Nutzung, Interesse, Unkosten und Schaden zurückzugeben schuldig sei“ [6]).

Ebenso wie das römische Recht in Ansehung der impuberes gesagt hatte: „Pupillus nec velle nec nolle in ea aetate nisi adposita tutoris auctoritate creditur; nam quod animi judicio fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est“[7]); ebenso wie es an einer anderen Stelle gesprochen hatte: „Impuberes sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur“ [8]), ebenso wollte die Gerhabschaftsordnung den Mündel bis zum vollendeten 22., beziehungsweise 20. Lebensjahre in seiner Handlungsfähigkeit beschränken und ihm das Recht versagen, sich ohne Einwilligung des Vormunds giltig verpflichten zu können.

Wie diese Regel der Gerhabschaftsordnung dem römischen Rechte sichtlich entstammte, so auch die zwei Corollarien derselben, welche in dem genannten Gesetze ausdrücklich Aufnahme gefunden hatten; die erste Bestimmung schloß sich an die Lehre des römischen Rechtes an, daß impuberes alle bereichernden Handlungen ohne Zuziehung des Tutors giltig vornehmen können und lautete dahin, „daß, was einem Pupillen frey und ohne merkliche Beschwerniß geschenkt werde, er ohne des Gerhaben Bewilligung wohl und krefftig annehmen und empfangen möge, nur daß solches alsdann, wenn es etwas Ergäbiges austrage, der Gerhabschafft untergeben seyn solle“ [9]); und die zweite Bestimmung anerkannte die Restitutionspflicht des Mündels, wenn und insoweit er sich sonst durch einen an und für sich unkräftigen Vertrag denn doch zum Nachtheile eines Dritten bereichern würde.

In der letzteren Richtung hatte nämlich die Gerhabschaftsordnung die Bestimmung aufgenommen, „daß, wenn der Pupille durch solchen Contract einen Kauf- oder Pfandschilling oder auch sonsten Geld oder Geldswerth empfangen und dasselbe unnützlich verthan, verspielt, verlohren oder sonstwie übel angewendet häte, weder er noch seine Gerhaben das empfangene Geld oder Geldswerth wieder zu bezahlen oder herauszugeben schuldig seien, daß aber, wenn Geld oder Geldeswerth dem Pupillen zu Nutz gekommen (wenn eine Bereicherung des Pupillen vorliegen würde), der Pupille und dessen Gerhaben, soviel als dem Pupillen zu Nutzen angewendet worden, wieder erstatten und bezahlen sollen“ [10]).

So viel von der Handlungsunfähigkeit der Pupillen selbst, wie es nach der Gerhabschaftsordnung vom 18. Febr. 1669 Rechtens war.

---

[6]) Gerhabschaftsordnung, XIV. Titel, §. 1
[7]) L. 189, Dig. de R. J.
[8]) L. 10 Dig. de juris et facti ignorantia.
[9]) Gerhabschaftsordnung, XIV. Titel, §. 4.
[10]) Ebenda §. 2.

Gehen wir nun zunächst auf die andere Frage über, ob der Vormund den Pupillen directe repräsentiren konnte, oder ob der Pupille jedesmal selbst handeln mußte, so daß der Gerhab nur die Handlungen des Pupillen zu genehmigen gehabt hätte, so werden wir schon nach Demjenigen, was im letzten Abschnitte vorgetragen wurde, über die Beantwortung der Frage nicht mehr im Unklaren sein können.

Die Lehre des römischen Rechtes, daß eine Repräsentation durch Stellvertreter unzulässig sei, welche ja schon in Ansehung des Vormundes im Justinianischen Rechte mehrfache Einschränkungen erfahren hatte, war, wie wir bereits gesehen haben, in Deutschland und Oesterreich nach dem Eindringen des römischen Rechtes nicht recipirt worden; im Gegentheile galt in Deutschland und in Oesterreich die Regel, daß der Vormund durch seine Handlungen directe dem Pupillen Rechte erwerben, directe ihm Verbindlichkeiten auferlegen könne, als allgemein anerkannt.

An dieser Regel hat auch die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 nichts geändert; ja, wenn wir noch in der Landtsordnung des Jahres 1573 wahrnehmen konnten, daß bei der Erbschaftsantretung eine Handlung des Pupillen als nothwendig vorausgesetzt wurde, so sehen wir umgekehrt, daß in der Gerhabschaftsordnung selbst diese Beschränkung weggefallen war und der Gerhab selbst die Erbschaft antreten konnte[11]); so sehen wir ferner aus einer von Suttinger uns überlieferten Entscheidung, daß der Gerhab selbst dann den Pupillen vertreten sollte, wenn diesem die Execution eines Testamentes aufgetragen worden war, obwohl die Execution des Testamentes vielfach eben auf ein persönliches Handeln des Executors gestellt erscheint[12]).

Es war demnach auch nach dem Rechte der Gerhabschaftsordnung rechtlich irrelevant, ob der Pupille unter Genehmhaltung des Gerhaben kaufte und verkaufte, tauschte, in Bestand gab, sein Vermögen verpfändete und Bürgschaft leistete, eine Erbschaft bedingt oder unbedingt antrat, oder ob der Vormund diese Handlungen ohne Zuziehung oder sogar ohne Vorwissen des Mündels vornahm; in einem wie in dem anderen Falle richtete sich die Entscheidung, ob dem Mündel durch diese Handlungen Rechte erworben und Verbindlichkeiten auferlegt wurden, nach denselben Principien.

---

[11]) Gerhabschaftsordnung, VIII. Titel, §. 6, und X. Titel, §. 2.

[12]) Suttinger unter dem Schlagworte „Testamenti Executor", S. 815, bringt eine Entscheidung vom 26. Juli 1601: „Wann einem Pupillu die Executio Testamenti aufgetragen wird, müssen dessen Gerhaben die Execution über sich nehmen."

Wichtiger, aber auch noch nach der Gerhabschaftsordnung schwieriger ist die weitere Frage, ob und inwieweit die Handlung des Vormundes auch hinreichte, um den Mündel zu verpflichten, oder ob und inwieweit eine solche Handlung des Vormundes zu ihrer Giltigkeit auch noch der Genehmhaltung der Vormundschaftsbehörde bedurfte.

Obwohl nun die Gerhabschaftsordnung sichtlich auch die durch die Reichsgesetze der Jahre 1548 und 1577 begründete große Ausdehnung der Befugnisse der Obervormundschaft noch weiter zu entwickeln bemüht war, so nehmen wir dennoch keinen Anstand auszusprechen, daß regelmäßig und insoweit nicht insbesondere für einzelne Rechtsgeschäfte im Gesetze eine Ausnahme gemacht worden war, der Vormund den Pupillen mit voller Wirkung activ und passiv repräsentiren und denselben dritten Personen gegenüber auch wirksam verpflichten konnte, ohne daß eine Genehmigung der Vormundschaftsbehörde hiezu nothwendig gewesen wäre.

Wir schließen dies zunächst schon aus dem XIV. Titel des genannten Gesetzes, laut dessen die Ungiltigkeit der Verträge der Minderjährigen nur dann eintreten sollte, wenn dieselben ohne Vorwissen und Einwilligung der Gerhaben geschlossen wurden, ohne daß nur im Entferntesten davon die Rede wäre, daß die Handlungen der Gerhaben selbst wieder einer vormundschaftsbehördlichen Bestätigung bedurft hätten; wir schließen dies daraus, daß in Ansehung mehrerer sehr wichtiger Handlungen die Vertretung des Mündels durch den Vormund allein ausdrücklich anerkannt worden war; wir schließen es endlich auch daraus, daß blos an einzelnen Stellen dieses Gesetzes und niemals in Folge eines an die Spitze gestellten Principes, die Vormünder angewiesen waren, die Einwilligung der Vormundschaftsbehörde einzuholen.

Eine solche Beschränkung der Gerhaben in der Vertretung des Mündels fand sich nach der Gerhabschaftsordnung darin, daß Gerhaben ein Grundstück eines Mündels und köstliche Mobilien und Fahrnisse desselben, als: Gold, Silber und Kleinodien und dergleichen, ohne Bewilligung der Obrigkeit nicht veräußern durften [13]), daß sie die Güter der Pupillen nur mit dieser Bewilligung in Bestand geben sollten [14]), daß Vergleiche in anhängigen Rechtsstreiten der obrigkeitlichen Confirmation vorzulegen waren [15]) 2c.

Dagegen bedurfte aber der Vormund keines Consenses, um eine Erbschaft, sei es nun bedingt oder unbedingt, anzutreten [16]);

[13]) Gerhabschaftsordnung, XI. Titel, §§. 2—4.
[14]) Ebenda, §. 13.
[15]) Ebenda, §. 2.
[16]) Den Beweis für diese Behauptung führe ich aus der Vorschrift

er konnte ohne weitere Genehmigung aus dem Vermögen des Pupillen Güter für denselben kaufen[17]), Mündelgeld ausleihen und dadurch fructificiren[18]), Zahlungen in Empfang nehmen, Rechtsstreite beginnen, beziehungsweise wider den Mündel begonnene Rechtsstreite fortführen[19]) ꝛc.

Bedenkt man nun, daß selbst die Veräußerung des unbeweglichen Mündelgutes ohne Vorwissen der Obrigkeit nicht einmal ipso jure nichtig war, sondern von dem Pupillen innerhalb fünf Jahren nach Beendigung der Vormundschaft angefochten werden mußte, daß somit die Frage, inwieweit der Dritte aus dem mit dem Vormunde allein geschlossenen Vertrage Rechte gegen den Mündel erlangte, wenn auch die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde noch nicht hinzugetreten war[20]), keineswegs einfach dahin beantwortet werden konnte, daß solche Rechtsgeschäfte schlechthin ungiltig waren, so wird man unserer Anschauung, daß nach dem Rechte der Gerhabschaftsordnung das Schwergewicht der Vertretung des Mündels noch immer in der Person des Vormunds und keineswegs schon in der Obervormundschaft gelegen gewesen war, mit vollster Ueberzeugung beitreten müssen.

Wir können daher die Besprechung der Gerhabschaftsordnung mit dem resumirenden Satze schließen, daß nach derselben die Beschränkungen der Handlungsfähigkeit altersunmündiger Personen bis zu der Vogtbarkeit fast ausnahmslos dieselben waren; daß es nach diesem Rechte eines persönlichen Handelns des Mündels bei Rechtsgeschäften nicht bedurfte, daß der Vormund

---

des §. 6 im VIII. Titel der Gerhabschaftsordnung, welche den Gerhaben die Errichtung einer Inventur über die Verlassenschaft der Eltern des Mündels in jedem Falle zur Pflicht machte und dazu bemerkte, daß, wenn der Gerhab die Erbschaft cum beneficio legis et inventarii angetreten hätte, ohnedies die gerichtliche Inventur vorgekehrt werden müßte; diese Stelle widerspricht der im §. 2 des X. Titels vorkommenden Stelle, daß die Gerhaben „eine denen Pupillen zustehende eigene oder anderwärtige Erbschaft zu ihrer und der Pupillen mehreren Sicherheit nur mit dem beneficium legis et inventarii antreten sollen", ganz und gar nicht; vielmehr erhellt aus eben dieser Stelle, daß auch keine vorbehaltslose Erbserklärung durch den Vormund ohne jedwede Genehmigung der Vormundschaftsbehörde dem Pupillen gegenüber rechtsverbindlich war und den Pupillen verpflichtete.

[17]) Ebenda, XI. Titel, §. 7; eingehender werden wir über diesen Punkt im nächsten Capitel, welches von der Verwaltnng des Mündelvermögens handelt, sprechen.

[18]) Ebenda.

[19]) Ebenda, XII. Titel, §. 1.

[20]) Ebenda, XI. Titel, §. 4. Wenn in diesem Paragraphe gesagt wird, daß ein solcher Verkauf ohne gerichtliche Genehmigung unkräftig sei, so ist natürlich nicht an eine ipso jure einzutrende Ungiltigkeit zu denken, da ja das Gesetz den Pupillen allein das Bestreitungsrecht innerhalb fünf Jahre nach erreichter Vogtbarkeit einräumt.

es regelmäßig allein in seiner Macht hatte, den Pupillen dritten Personen gegenüber activ und passiv zu repräsentiren, und daß die wenigen Ausnahmen von diesem Grundsatze, welche sich in dem Gesetze fanden, im Sinne und Geiste des Gesetzes nicht generalisirt werden durften.

Obwohl in den bedeutenden Rechtswerken von Reutter[21]), Finsterwalder[22]), Weingärtler[23]) und Beckmann[24]), welche sammt und sonders in die erste Zeit nach Erlassung der Gerhabschaftsordnung fallen, vielfache Berufungen auf dieses Gesetz vor-

---

[21]) Reutter bemerkt ad Tabulam II, 15, S. 3, zu dem Satze: „Impuberes sunt in tutela, puberes vero in cura: „Jus statutarium hujus Provinciae in hoc passu multum recedit a Jure Civili, quia illud, quoad administrationem bonorum, nullam admittit differentiam inter puberes et impuberes nec consequenter inter Tutores et Curatores, ita ut tutor non minus bonis quam personae usque ad hujus majorennitatem praeesse debet." Und ad Tabulam II, 30, S. 4: „In Austria .... enim non pubertate sed demum majorennitate scil. in masculo anno 22 in foemina anno 20 completo finitur tutela comprehensa cura, quae uno verbo vocatur Gerhabschafft."

[22]) Finsterwalder handelt in allen vier Büchern von der Gerhabschaft gar nicht und auch aus dem anderweitigen Inhalte seiner Schriften läßt sich nichts Besonderes für diese Frage hervorheben.

[23]) Weingärtler beschäftigte sich sehr viel mit dem Gegenstande, allein wie sehr Weingärtler sich durch das römische Recht zu falschen Consequenzen leiten ließ, beweist die Stelle im 21. Titel des ersten Buches „de Authoritate Tutorum", in welcher er allen Ernstes behauptete, daß auch in Oesterreich der Mündel selbst handeln müsse und der Vormund nur (authoritatem interponere) seine Genehmigung zu ertheilen habe, und die noch viel grellere Stelle im 9. Titel des zweiten Buches: „Per quas personas cuique acquiritur", S. 107 und 108, in welcher Weingärtler ebenso treuherzig versichert: „Acquiritur nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per alios ut per liberos nostros sive servos: per personam extraneam nihil acquiritur."

Unter solchen Umständen ist es wohl sehr natürlich, daß wir auch von Weingärtler's Zeugniß sonst nicht viel halten können, da er der Reception des römischen Rechtes nicht gewachsen war und die Sätze des römischen und österreichischen Rechtes bunt durcheinanderwarf.

[24]) Am bedeutendsten ist unstreitig Beckmann in unserer Materie, welcher davon unter dem Schlagworte „Gerhabschaft" (S. 176), „Majorennitas pupillorum" (S. 295), Pupillen (S. 375), Senatus Consultum Macedonianum (S. 435), Tutela (S. 516), Venia aetatis (S. 525), Vidua (S. 536 bis 537) und Wittiben (S. 560 und 561) handelt. Namentlich unter dem Schlagworte „Pupillen" bestätigt Beckmann, daß kein pupillus oder minorennis (vor 22 oder 20) Jahren einen Contract allein giltig abschließen könne, und daß der Contract mediante autoritate tutoris giltig sei.

Beckmann hat daher nicht den leisesten Anhaltspunkt gegeben, um annehmen zu können, als sei nunmehr schon regelmäßig die Intervention der Obervormundschaft bei Rechtsgeschäften des Mündels nach den Gewohnheiten des Landes nothwendig geworden, und bei der Genauigkeit und Ausführlichkeit Beckmann's ist dieser Umstand ein gewichtiges Zeugniß für die Richtigkeit dieser im Texte aufgeführten Behauptungen.

kommen, haben sich dennoch diese Autoren ex professo mit der von uns an dieser Stelle behandelten Frage wenig beschäftigt, und namentlich läßt sich aus diesen Werken nicht entnehmen, ob die Aenderung, welche sich im 18. Jahrhunderte Bahn gebrochen, schon im 17. Jahrhunderte begonnen hatte.

Es darf freilich nicht übersehen werden, daß die Aenderungen der Bestimmungen über das selbstständige Vertretungsrecht des Mündels zumeist nur aus der veränderten Verwaltung des Pupillarvermögens erklärt werden können, weßhalb wir im nächsten Capitel auf den hier angedeuteten Punkt zurückkommen müssen.

Hier sei vorläufig nur wiederholt constatirt, daß, ungeachtet der bereits durch die Gerhabschaftsordnung erfolgten Ausdehnung der Befugnisse der Obervormundschaft, der Vormund nach diesem Gesetze noch immer die Hauptperson geblieben war und regelmäßig die volle Vertretung des Mündels in allen Vermögensangelegenheiten zu führen hatte, ohne weiter, als es speciell rücksichtlich einiger Punkte bestimmt worden war, an eine Einwilligung der Obervormundschaft gebunden zu sein.

c) Nach dem Rechte des 18. Jahrhunderts bis zum Josefinischen Gesetzbuche.

Wenn wir bisher stets die meisten Veränderungen, welche im österreichischen Vormundschaftsrechte in der von uns betrachteten Periode eintraten, auf den steigenden Einfluß der Vormundschaftsbehörde zurückführen durften, so gilt diese Bemerkung in ganz besonderer Weise in der Lehre von der Vertretung des Mündels durch den Vormund.

Im 18. Jahrhunderte ging eben das Streben der Gesetzgebung dahin, den Vormund zum Diener und zum Vollstrecker der obrigkeitlichen Befehle zu machen, und eine Folge dieses Grundsatzes war es, daß nunmehr regelmäßig eine selbstständige Handlung des Tutors nicht mehr genügen sollte, um den Pupillen obligiren zu können, sondern daß im Gegentheile grundsätzlich die Vertretung des Mündels durch den Vormund nur nach eingeholter Genehmigung der Vormundschaftsbehörde erfolgen sollte.

Es stimmte diese Aenderung der bis dahin giltigen Principien im 18. Jahrhunderte vollkommen mit den anderen zahlreichen Aenderungen überein, welche wir in den mannigfachsten Beziehungen schon constatiren konnten. Der Einfluß der Familie verblaßte im 18. Jahrhunderte; die Dativ-Tutel trat mit vollstem Uebergewichte über die anderen Arten der Tutel hervor; die Cautionsleistung des Vormunds entfiel, als überflüssig, in den meisten Fällen; eine petitio necessaria war nicht mehr praktisch in Uebung, und der Einfluß der Vormundschaftsbehörde auf die

Person des Mündels war so sehr gewachsen, daß schließlich jeder Wechsel eines Dienst- oder Aufenthaltsortes, jede veränderte Standeswahl der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde unterworfen werden sollte.

Den treibenden Grund des steigenden Einflusses der Obervormundschaft auf die Vertretung des Mündels durch den Vormund werden wir freilich erst im nächsten Abschnitte kennen lernen, welcher von der Vermögensverwaltung handelt; allein schon hier mag in Kurzem hervorgehoben werden, daß die Obervormundschaft um so mehr bestrebt sein mußte, die Handlungen des Vormundes an eine genaue Controle zu binden, je mehr sie es darauf abgesehen hatte, das Mündelvermögen — soferne es nicht in Grundstücken bestand — zu versilbern und das versilberte Vermögen während der Dauer der Vormundschaft selbst zu benützen und dem Mündel erst bei seiner Vogtbarkeit hinauszuzahlen.

Wir werden im folgenden Abschnitte sehen, wie nutzlos der Kampf der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 gegen die Städte und Märkte und die Obrigkeiten als Obergerhaben war, in welchem denselben die Entlehnung der Mündelgelder möglichst verboten werden sollte; im 18. Jahrhunderte war diese als Mißbrauch bezeichnete Uebung eine allgemeine geworden; die Stadt Wien regelte ganz förmlich die Gebahrung mit den Waisengeldern, welche bei ihr selbst angelegt wurden, und schließlich griff auch der Staat, welchem es darum zu thun war, Geld zu entlehnen, auf das Mündelgeld und verfügte ganz allgemein dessen Anlegung als fundos publicos.

Nunmehr konnte sich auch die noch in der Gerhabschaftsordnung aufrechterhaltene relativ freie Stellung des Vormundes zum Mündelgute nicht länger unverändert behaupten; seine Handlungen konnten nicht blos mehr der Controle durch Rechnungen und durch Klagen am Schlusse der Vormundschaft unterworfen bleiben, sondern mußten im Vorhinein der Genehmigung der Obervormundschaft unterbreitet werden, und eine gänzliche Gebundenheit des Vormundes bei der Vertretung des Mündels war die schließliche nothwendige Consequenz der vorausgesandten Prämissen.

Wenn wir aber Ausgang und Endpunkt dieser Bewegung kurz anzeigen konnten, so werden wir den Weg, der vom Anfange bis zum Ende führte, nicht mit derselben Schnelligkeit zurücklegen können; bis zum Josefinischen Gesetzbuche war ja ein Generale in dieser Materie nicht erschienen, und wir werden daher die Aenderungen des früheren Rechtes nur an der Hand von Gesetzen darstellen können, welche meist blos gelegenheitlich auf diesen Gegenstand zu sprechen kommen.

Wie das Statutarrecht der Stadt Wien auf das Recht Niederösterreichs schon oft von bedeutendem Einflusse gewesen war, so geschah dasselbe auch im 18. Jahrhunderte; die „Stadt Wiener Pupillen Rait-Kammer-Reformation" vom 29. April 1715 begann zuerst jene Aenderungen einzuleiten, welche im Manipulationspatente vom Jahre 1785 und im Josefinischen Gesetzbuche vom Jahre 1786 vollkommen ausgebildet worden waren. Nach diesem Statute hatte der Stadtrath ex officio nobili zu inquiriren, ob der Pupille in seinem Pflichttheile nicht verletzt sei; der Stadtrath hatte die Verlassenschaftsabhandlungen der Pupillen zu betreiben; die Verlassenschaftsgegenstände, selbst Grundstücke, sollten, wo es für die Pupillen nützlicher wäre, per licitationem, nach Ermessen des Stadtrathes, veräußert und das eingegangene Geld von der Pupillen Rait-Cammer fruchtbringend angelegt werden [1]).

Die Instruction über die Landmarschallische Waisenrechnung vom 24. December 1725 [2]) und die Landmarschallische Gerhabschaftsordnung vom 3. April 1727 [3]) enthielten ebenfalls Bestimmungen, welche eine erhöhte Officialthätigkeit des Gerichtes bezeugten, indem nunmehr die Pupillen gezwungen werden sollten, nach erreichter Vogtbarkeit eine auch das Gericht entlastende Verzichtsquittung auszustellen, und auch aus diesen beiden Gesetzen läßt sich klar entnehmen, daß der Vormund seine Selbstständigkeit in der Verwaltung seines Amtes zum größten Theile verloren hatte.

Den entscheidenden Schritt that aber freilich erst das Gesetz Maria Theresiens über „Minorennenschulden-Einschränkung" vom 26. Februar 1751 [4]), welches selbst den schon vogtbaren Personen die Administration ihres Vermögens benommen und die Giltigkeit der von ihnen nach erlangter Vogtbarkeit und vor vollendetem 24. Lebensjahre geschlossenen Rechtsgeschäften unter Lebenden an den Consens der Gerichtsbehörde gebunden hatte.

Maria Theresia erklärte in diesem Gesetze, es zwar noch bei den in den Landesgesetzen ausgemessenen annis majorennitatis bewenden lassen zu wollen, jedoch nur quo ad hos effectus, daß eine majorenngewordene Manns- und Weibsperson aus dem Herrn-, Ritter- oder Bürgerstande bei ihrer Verehelichung pacta dotalia aufrichten und über ihr Vermögen per actus ultimae voluntatis giltig disponiren könne.

„Dagegen solle selbst dann, wenn eine Manns- oder Weibs-Person die vogtbarn Jahre erreicht hätte, dieselbe von ihrem Vermögen absque authoritate Praetoris und also ohne solches vorher bei der ge-

[1]) Codex austr., Suppl.-Bd. I, S. 787.
[2]) Ebenda, Suppl.-Bd. II, S. 372.
[3]) Ebenda, S. 427.
[4]) Ebenda, Suppl.-Bd. III, S. 559.

hörigen Gerichtsstelle angezeigt und hierüber die gerichtliche Verwilligung erhalten zu haben, weder etwas zu veralieniren, noch solches zu oneriren oder Schulden zu kontrahiren, noch einiges Activ-Capital aufzukünden und also weder einige contractus mutui noch auch andere Contracte und Verschreibungen, wodurch eine Person ihre conditionem deteriorem machet, zu celebriren und zu errichten befugt sein, bis sie nicht das 24. Jahr vollkömmlich zurückgelegt haben, widrigenfalls und da dem zuwider gehandelt würde, alle dargegen unternommenen Actus unkräftig null und nichtig sein sollen."

Ebenso wurde auch in dem genannten Gesetze bestimmt, daß auch der Debitor, welcher ein Waisencapital (zur Rückzahlung) aufkünden wolle, sich an die Vormundschaftsbehörde wenden, „daß sothane Aufkündung jedesmal de casu in casum der gehörigen Gerichtsstelle sowohl von dem Debitor als auch von dem Creditor angezeiget und solches aufgekündigte Capital auf ein sicheres Ort mit Vorwissen vorgedachter Gerichtsstelle angeleget werden müsse".

Bleiben wir einen Augenblick aufmerksam bei diesem Gesetze stehen, so ist die weitere rechtsgeschichtliche Entwickelung der Vormundschaft in Oesterreich leicht zu übersehen; von nun an sollte an Stelle der auctoritas tutoris — wie man die Genehmhaltung des Vormundes auch nach österreichischem Rechte nannte — die auctoritas Praetoris in jedem einzelnen Falle treten, wenn Gefahr vorlag, daß die vogtbare aber noch nicht 24 Jahre alte Person ihre conditionem deteriorem machen könne; während bis zu diesem Gesetze regelmäßig die Genehmhaltung, beziehungsweise die Handlung, des Tutors in allen Fällen genügt hatte, in welchen nicht ausdrücklich eine vormundschaftsbehördliche Genehmigung ausnahmsweise vorgeschrieben worden war, sollte nach diesem Gesetze für die vogtbaren Personen, welche noch nicht 24 Jahre alt waren — und welche folgerichtig keine Vormünder hatten —, die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde, beziehungsweise des Personalgerichtsstandes, treten, und wenn man bei vogtbaren Personen schon eine so große Vorsicht anwenden zu sollen erachtete, war es ganz begreiflich, daß man — nach einem hier vollkommen zutreffenden Schlusse a majori ad minus — für unvogtbare Personen in allen gleichen Fällen die Genehmhaltung der Vormundschaftsbehörde neben oder anstatt der Genehmigung des Vormundes erforderte.

Eine Ausnahme von dieser neueingeführten Beschränkung der Handlungsfähigkeit sollte nun freilich für die Professionisten und für die Personen vom Handelsstande insoferne eintreten, „daß dergleichen Leuten die Contrahirung gleich nach erreichter

Vogtbarkeit, wenn sie auch das 24. Jahr ihres Alters noch nicht erfüllt hatten, zwar nicht verschränkt sein solle, daß aber dagegen von einer Person solcher Condition die Handlung oder das Gewerb nicht anderst als authoritate et consensu Praetoris, nämlich des Magistrats oder ihrer respectiven Instanz angetreten werden solle, welche vorher die Eigenschaften und Inclination einer solchen Person wohl zu examiniren, sodann auf die Gebahrung mit dem Vermögen und Treibung der Handlung oder Profession fleißig zu invigiliren, und da es sich äußerte, daß ein solcher Mensch mit seinem Vermögen nicht richtig zu gebahren anfange, ex officio solche Fürkehrung zu machen haben würde, damit selber sein Vermögen nicht versplittere".

Gleichzeitig wurde in diesem Gesetze schon — wie dies auch in der Wechselordnung vom 10. September 1717[5]) vorgesehen war und in der Wechselordnung vom 1. October 1763[6]) neuerdings eingeschärft wurde — bestimmt, daß die (vogtbare) Person, welche sich dolose dem anderen Contrahenten als 24 Jahre alt ausgebe, demselben ihre Schuld zu bezahlen und außerdem eine Geldstrafe ad cassam pauperum zu leisten schuldig sei, eventuell am Leibe gestraft werden solle; daß im entgegengesetzten Falle, wenn der Creditor dolose und wissentlich mit einer noch nicht 24 Jahre alten Person contrahirt hätte, derselbe den ihm verschriebenen Betrag nebst einer Strafe von 10 Procent der Summe an die cassam pauperum verlieren, und daß der gleiche Verlust der Forderung, aber ohne weitere Strafe, dann eintreten solle, wenn zwar nicht ein dolus, wohl aber eine culpa creditoris unterlaufen wäre.

Das Patent über „Minorennenschulden-Einschränkung" war nur eine halbe Maßregel, wie wir dies bereits oben bei der

---

[5]) Wechsel-Gericht und Ordnung vom 10. September 1717 (Codex austr., Suppl.-Bd. I, Art. VII, S. 881—904): „Nachdem die sowohl gemeinen Rechte als Landesfürstlichen Ordnungen und Statuten mit sich bringen, daß denen Minder-Jährigen ohne ihrer Eltern, Vormünder und Curatoren Consens kein Geld bei Verlust desselben gelehnt werden solle; als haben auch jedwede Obrigkeit und Instanzien dahin zu sehen, daß den Minder-Jährigen keine Handlungen oder Wechsel verstattet werden; wenn aber gleich anders sich ein Minder-Jähriger Negotiant, welcher das 22. Jahr seines Alters noch nicht erfüllet, seine eigen-öffentliche Handlung oder Wechsel treiben, sich darinn zu etwas verbinden und mithin in der That pro majorenni sich ausgeben thäte, so solle er dasselbe zu halten allerdings schuldig und mit Restitutio in integrum nicht zu hören seyn".

[6]) Das Wechselpatent vom 1. October 1763 (Codex austr., Suppl.-Bd IV, S. 452—485, Art. VIII), welches mit der Wechselordnung vom 10. September 1717 nahezu vollkommen übereinstimmt und nur in Folge des Majorennitätsjahrepatentes vom 12. Mai 1753 das 24. an Stelle des 22. Lebenjahres setzte.

Lehre von den Altersterminen klar entwickelt haben; die weitgehende Beschränkung der Handlungsfähigkeit bereits vogtbarer Personen war eine um so größere Inconsequenz, als diese Personen in dieser Zeit zwischen dem Vogtbarkeitstermine und dem vollendeten 24. Lebensjahre keinen Vormund hatten und daher nothwendigerweise die Bevormundung der genannten Personen durch diese Zeit von den Gerichtsstellen allein besorgt werden mußte.

Als aber Kaiserin Maria Theresia am 12. Mai 1753 das Gesetz über die Majorennitätsjahre-Bestimmung [7]) erließ und nunmehr die Unmündigkeit, Unvogtbarkeit und Minderjährigkeit bis zum vollendeten 24. Lebensjahre bei beiden Geschlechtern dauern sollte, da wurden die Bestimmungen des früheren Gesetzes vom 26. Februar 1751 von Neuem eingeschärft und dadurch ausdrücklich erklärt, daß der Vormund nun nicht mehr die freie Stellung nach der Gerhabschaftsordnung habe, sondern daß die Giltigkeit sämmtlicher oneroser Contracte, welche im Namen altersunmündiger Personen geschlossen wurden, von der Genehmhaltung der Vormundschaftsbehörde abhängig sei.

Das Gesetz vom 12. Mai 1753 enthielt übrigens auch noch zwei weitere auf diese Punkte bezügliche Bestimmungen, deren wir eben an dieser Stelle gedenken müssen.

Vor Allem wurde den Majorenngewordenen die Agnoscirung und die Bezahlung einer von ihnen in der Minderjährigkeit contrahirten Schuld unter Bedrohung der Confiscation des Schuldbetrages cum sua causa verboten und der Creditor mit einer besonderen Geldstrafe belegt, der minderjährige Debitor aber je nach Umständen für eine heimliche Creditbenützung am Leibe oder am Vermögen gestraft.

Ferner wurde — wie bereits oben hervorgehoben ward — der Grundsatz, daß die Verehelichung des Minorennen die Vogtbarkeit zur Folge habe, aufgehoben, dagegen aber bestimmt, daß dem minderjährigen Manne bei seiner Verehelichung, auf Ansuchen des Tutoris, vom Gerichte aus ein gemäßigtes Quantum, worüber er selber zu disponiren hätte, ausgeworfen werde, und daß dasselbe bei minderjährigen Frauenspersonen geschehen solle, sie mögen sich nun an einen großjährigen oder einen minderjährigen Mann verehelichen.

In dieser letzteren Bestimmung war aber auch schon der Keim zu einer erweiterten Handlungsfähigkeit minderjähriger Personen insoforne gelegen, als man dem Principe entsprechend zugestehen mußte, daß ein Minderjähriger sich im Umfange der ihm eingeräumten Vermögensverwaltung auch obligiren konnte.

---

[7]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 757.

Von den Schriftstellern des 18. Jahrhundertes interessiren uns in erster Linie Vossius, Banniza und Donner, welche sammt und sonders nach den oben bezogenen Gesetzen vom 26. Februar 1751 und 12. Mai 1753 ihre auf unsere Materie bezüglichen Werke geschrieben haben.

Vossius hat — wie oben schon hervorgehoben wurde — einen eigenen Mündigkeitstermin im österreichischen Rechte entdecken wollen, und hat denselben auf 20 Jahre für das männliche, und auf 18 Jahre für das weibliche Geschlecht festgesetzt, weil mit diesem Alter nach dem Gesetze vom 12. Mai 1753 die Fähigkeit zur Testamentserrichtung und nach der Constitutio Criminalis Theresiana die Fähigkeit zum Zeugnisse eintrete[8]); im Uebrigen ward Vossius durch diese theoretische Unterscheidung nicht irregeleitet, indem er an einer anderen Stelle ganz treffend schrieb: „Minores apud nos pro pupillis habentur; ideoque restitutione opus non habent; pupillus enim sine tutoris authoritate non obligatur sed quidquid alienat, vel vindicatur vel condicitur[9]).

Banniza's Standpunkt, nach welchem die Vormünder jeder Art nur die Stellvertreter der Fürsten und der Magistrate als der Obervormünder waren, haben wir bereits an einer anderen Stelle hervorgehoben; diese seine Anschauung konnte sich aber mit großem Scheine des Rechtes auf das österreichische Recht gründen, welches stets mehr und mehr die Vertretung des Mündels in die Hände der Obervormundschaft gelegt hatte, so daß es schließlich eine theoretische Consequenz war, die Obervormundschaften als die eigentlichen Tutoren und die Vormünder als deren jederzeit amovible „vicarios" zu betrachten, welche folglich auch in jeder einzelnen Handlung an den Befehl oder an die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde gebunden waren[10]).

Donner endlich begnügte sich einfach mit der praktischen Bemerkung, „daß die Gerhaben bei den beträchtlichen Fällen die Einwilligung der Obergerhabschaft haben müssen, daß dies aber

---

[8]) Vossius, S. 73 im Text und Anmerkung d.

[9]) Ebenda, S. 120.

[10]) Banniza, S. 72—98 u. ff. Ganz deutlich spricht Banniza S. 95 seine Anschauung aus, indem er aus dem Grundsatze, daß die Obervormundschaft die eigentlichen Tutoren seien, eine Reihe von Folgesätzen ableitet und folgendermaßen concludirt: „Ex eo reddi potest ratio cur in Germania omnes tutores, quippe qui solummodo vicarii Magistratuum sunt, in vendendis rebus immobilibus non modo, verum etiam in omnibus aliis quibuscumque rebus mobilibus v. g. pecuniis foeneri locandis, vel otiosis obsignandis, acceptandis solutionibus, similibusque negotiis consensum Magistratus, qua supremi tutoris requirere debeant; adeo ut sine Magistratus consensu in negotiis pupillaribus nihil actum videatur." Banniza behauptet nun auch die Giltigkeit dieser Folgesätze für das österreichische Recht.

bei jeder Kleinigkeit nicht nothwendig sei, weil sie dadurch ihrer Obrigkeit nur überlästig werden"; es zeigt aber die Bemerkung selbst, wie stark schon das Uebergewicht der Obervormundschaft in Oesterreich geworden war[11]).

Diese letzte Bemerkung gilt nun, nach den Zeugnissen von Grenek[12]) und Hauer[13]), in ganz besonderer Weise von den Waisen der Unterthanen, rücksichtlich derer die Herrschaft nicht nur durch den großen Einfluß bei der Verlassenschaftsabhandlung, sondern auch durch ihr Recht, die Vermögensanlage ganz wesentlich zu bestimmen, endlich durch die allgemein gebräuchlich gewordene Entlehnung der Waisengelder factisch an die Stelle des eigentlichen Vormundes eingetreten war und den Gerhaben nur noch als einen ihr beigegebenen Administrator betrachtete.

d) Nach dem Josefinischen Gesetzbuche.

Die Entwickelung des österreichischen Vormundschaftsrechtes im 18. Jahrhunderte, wie wir dieselbe bisher dargestellt haben, drängte zu einem Abschlusse und fand denselben in dem Josefinischen Gesetzbuche.

Der Altertermin von 24 Jahren blieb unverändert[1]) und es war viel mehr ein Wechsel des Namens als der Sache, wenn man seit dem Majorennitätsjahrepatent vom 12. Mai 1753 nur mehr Groß- und Minderjährige kannte, wie man früher eigentlich nur Vogtbare und Unvogtbare gekannt hatte; das Wesen der Sache, daß es nur Einen Termin beschränkter Handlungsfähigkeit gebe, welcher von der Geburt des Menschen bis zu dem gesetzten Ende unverändert fortdauern sollte, blieb auch nach dem Josefinischen Gesetze dasselbe und es war rechtlich irrelevant, ob man das Ende des Altertermines Vogtbarkeit, wie früher, oder Großjährigkeit, wie es später geschah, benannte.

Was den Umfang der Beschränkung der Handlungsfähigkeit betrifft, so stellte das Gesetzbuch Kaiser Josef's im Allgemeinen richtige Grundsätze auf. Ein Pupille durfte nämlich von seinem dem Vormunde anvertrauten Vermögen, ohne Einwilligung desselben weder etwas veräußern oder beschweren, noch eine auf die Verminderung dieses Vermögens gerichtete persönliche Verbindung eingehen; alle diese Handlungen sollten ungiltig und wirkungslos

---

[11]) Donner, I. Bd., S. 24.

[12]) Grenek, S. 264 u. ff., insbesondere S. 271 und 273, wo derselbe die Grundherrschaft z. B. allein entscheiden läßt, ob ein verschuldetes Anwesen der Minderjährigen verkauft werden solle oder nicht, so daß ein Antrag der Gerhaben auf Verkauf durchaus nicht nothwendig erscheint; analog bei der Anlegung von Pupillengeldern.

[13]) Hauer, II. Bd., S. 175—241.

[1]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 88.

sein und mußte das Veräußerte sammt Nutzungen, Zinsen, Schaden und Unkosten zurückgestellt werden[2]; in Consequenz dieser Bestimmung erlangte eine Handlung des Pupillen, welche eine Verbindlichkeit von beiden Seiten nach sich zog, erst Giltigkeit, wenn der Vormund sie genehmigte, und sollte bis dahin weder der Waise dem Anderen noch der Andere dem Waisen rechtlich verbunden sein[3].

Irrigerweise würde aber aus dieser letzteren Bestimmung des Josefinischen Gesetzbuches geschlossen werden, daß der Vormund in eigener Person und ohne Einwilligung des vormundschaftlichen Gerichtes irgend ein den Mündel verpflichtendes Geschäft giltig genehmigen oder selbst abschließen durfte: denn nun war zum erstenmale vollkommen klar in der österreichischen Gesetzgebung ausgesprochen worden, daß Geschäfte von größerer Wichtigkeit ganz und gar ungiltig seien, wenn die Einwilligung der Behörde dazu nicht eingeholt worden sei, und daß zu diesen Geschäften von Wichtigkeit nicht blos die Veräußerung liegender Güter, die Abtretung oder Aufkündigung angelegter Forderungen, der Ankauf liegender Güter oder kostbarer Fahrnisse, die Eingehung eines Vergleiches in einem wider den Waisen anhängigen Rechtsstreite, die Fortsetzung oder Aufhebung einer den Waisen zugehörigen Fabrik, Handlung oder eines anderen Gewerbes, die Einschuldung der Waisen, sondern auch überhaupt Alles, was zur Verminderung ihres Vermögens gereichen könne, gehöre[4].

Nach dieser letzten clausula generalis und nachdem dem Vormunde verboten worden war, eine Erbschaft der Pupillen anzutreten oder auszuschlagen, ohne darüber ein gerichtliches Inventarium errichtet zu haben[5]; nachdem ferner die Auszahlung eines aufgekündigten Capitales von dem Vormunde ebenfalls nur auf Grund einer behördlichen Bewilligung erfolgen durfte[6]; nachdem endlich selbst die Art der Vermögensanlage durch die Obrigkeit weit mehr als durch den Vormund zu bestimmen war, blieb für die minder beträchtlichen Vormundschaftsgeschäfte, welche vom Vormunde auch ohne Einwilligung der Behörde geschlossen werden durften[7], nahezu gar kein Raum übrig, da ja fast Alles unter die wichtigen Geschäfte subsumirt worden war, und da namentlich die Clausel, daß jedes Geschäft, welches zu einer Verminderung

[2] Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 56.
[3] Ebenda, §. 57.
[4] Ebenda, §. 65.
[5] Ebenda, §. 62.
[6] Ebenda, §. 71.
[7] Ebenda, §. 65.

des Vermögens der Waisen gereichen könne, ungiltig sei, wenn es ohne behördliche Genehmigung geschlossen worden war, jeden onerosen Vertrag vor das Forum der Vormundschaftsbehörde zog.

Anerkannt muß dagegen werden, daß in einer bestimmten Beziehung die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen selbst im Josefinischen Gesetzbuche eine Erweiterung erfahren hat; nicht nur hatte eine vom Waisen vorgenommene Handlung, die zu dessen einseitigem Vortheile gereichte, auch ohne Einwilligung des Vormundes sogleich ihre vollkommene Giltigkeit[8]), sondern es konnte der Waise, wenn ihm von seinen Einkünften eine gewisse Summe in die Hände gegeben, und wenn ihm zu seinem Bedürfnisse oder Nutzen Sachen angeschafft und in seinen Händen belassen worden waren, mit dieser Summe und Sachen frei schalten, daher über dieselben auch Verträge schließen, und er war nur insoferne beschränkt, daß er auf die noch nicht in die Hände bekommenen Summen keine Schulden machen durfte[9]).

Weiter war gegen das frühere Recht ein Fortschritt dahin gemacht worden, daß Waisen sich auch ohne Einwilligung des Vormundes zu Diensten und Arbeit verdingen durften[10]), daß Schulden, welche sie in diesem Verhältnisse machten oder Verbindlichkeiten, welche sie in Dienst- oder Gewerbesachen mit Anderen eingingen, insoferne vollkommen klagbar waren, daß der Dritte wider ihre Person und an ihrem Verdienste sich aller Rechte gebrauchen konnte, welche der Vertrag mit sich brachte, und daß nur das unter der vormundschaftlichen Verwaltung stehende Vermögen dieser Waisen deswegen nicht angesprochen und vermindert werden durfte[11]).

Auch war im Josefinischen Gesetzbuche vollkommen richtig anerkannt worden, daß der Waise dasjenige, was er von einem anderen Contrahenten in Folge eines ohne Genehmigung eingegangenen Contractes erhalten hatte, zurückerstatten müsse, insoweit es noch vorhanden oder zu des Waisen Nutzen verwendet worden sei[12]), und daß die repetitio soluti ausgeschlossen sei, wenn der Waise ein erhaltenes Darlehen ganz oder zum Theile zurückgezahlt hatte[13]).

Endlich wurde die harte Bestimmung des Majorennitätsjahre-Bestimmungsgesetzes vom 12. Mai 1753 wieder aufgehoben und bestimmt, daß die von einem Großjährigen erfolgte Agnoscirung eines im minderjährigen Alter empfangenen Darlehens dann

---

[8]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 57.
[9]) Ebenda, §. 59.
[10]) Ebenda, §. 60.
[11]) Ebenda, §. 61.
[12]) Ebenda, §. 56.
[13]) Ebenda, §. 58.

rechtsverbindlich sei, wenn der Großjährige dessen Zahlung freiwillig versprochen hatte, wohl wissend, daß er zu dessen Zahlung nicht verpflichtet sei; die nach erreichter Großjährigkeit geschehene Zahlung der Zinsen hingegen sollte ihn weder zur Zahlung des Capitales, noch die Zahlung eines Theiles des Capitals zur Zahlung des Ueberrestes verbindlich machen [14]).

Fassen wir die Ergebnisse des Josefinischen Gesetzbuches zusammen, so gewahren wir, dem hergebrachten österreichischen Rechte gegenüber, eine doppelte Bewegung: die Handlungsfähigkeit des Minderjährigen, obwohl im Principe sehr stark beschränkt und für alle Altersstufen dieselbe, erfuhr denn doch durch einzelne gesetzliche Bestimmungen dem hergebrachten Rechte gegenüber eine bedeutende Erweiterung. Ebenso dehnte sich aber auch die Macht der Obervormundschaft über nahe zu alle jene Handlungen aus, welche der Waise nicht schon ohnehin allein giltig vornehmen konnte; der Pupille vertrat sich daher entweder selbst, oder aber es genügte dann auch die Vertretung durch den Vormund allein nicht mehr, und die Vormundschaftsbehörde trat fast in alle Rechte in Beziehung auf die Vertretung des Mündels ein, welche am Beginne unserer Periode noch dem Vormunde zugestanden hatten.

Nachdem die Principien des Josefinischen Gesetzbuches, zu welchen die consequente Weiterbildung der Rechtsentwickelung des 18. Jahrhundertes nothwendigerweise führen mußte, heute noch das österreichische Vormundschaftsrecht beherrschen, so werden sich die Leser gegenwärtig halten müssen, welche Organe damals und welche heute zur Führung der Obervormundschaft berufen sind, um die Bedeutung der rechtsgeschichtlichen Entwickelung für unser heutiges Rechtsleben ermessen zu können.

Wir können uns an dieser Stelle begnügen, diesen Punkt einfach anzudeuten, weil uns der nächste Abschnitt, welcher von der Verwaltung des Waisenvermögens handelt, ohnedies nöthigen wird, auf diese Entwickelung des österreichischen Vormundschaftsrechtes von einer anderen Seite zurückzukommen.

VII. Capitel.

Verwaltung des Vermögens des Mündels.

1. Vorerinnerung.

Schon die eine Bemerkung, welche wir an die Spitze unserer Arbeit stellten, daß das Wesen der Vormundschaft in der von uns betrachteten Periode sich am besten durch die Ausdrücke

[14]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 58.

„cura" und „Sorge" bezeichnen läßt, reicht hin, um auf die große Bedeutung hinzuweisen, welche dem eben jetzt von uns begonnenen Abschnitte innewohnt.

Nicht als ob an und für sich eben die Verwaltung des Mündelvermögens wichtiger wäre als die Sorge für die Person des Pupillen; nicht als ob diese Lehre an und für sich unsere Aufmerksamkeit in einem höheren Grade fesseln müßte, als die Lehre von der Entstehung und Endigung der Vormundschaft — ist diese Bemerkung von der vorzugsweisen Bedeutung des gegenwärtigen Abschnittes gemeint.

Ein anderer, tieferer Grund ist es, welcher es uns als geboten erscheinen ließ, die Aufmerksamkeit unserer Leser ganz besonders bei diesem Punkte aufzuhalten.

Wir konnten nämlich eben in dieser Periode nahezu sämmtliche Veränderungen im Vormundschaftswesen auf die Aenderungen in der Vermögensverwaltung der Vormünder zurückführen und wir werden auf diese Bemerkung später noch öfter zurückkommen; eben der Umstand, daß das Wesen der Vormundschaft in die Sorge für die Person und das Vermögen des Mündels gesetzt wurde, hatte die Ausdehnung der früheren kurzen Vogtbarkeitstermine zur Folge, mit welcher Ausdehnung die Einheit der österreichischen Altersvormundschaft im innigsten Zusammenhange stand; die erweiterte Sorge für das Beste des Mündels war es, welche den Einfluß der Vormundschaftsbehörden erheblich steigerte und dadurch den Einfluß der Familie auf die Vormundschaft abschwächte und zuletzt erlöschen machte, und hieran schloßen sich eine Reihe anderer Verordnungen, wie wir sie in der zunehmenden Bedeutung der Dativ-Tutel, in dem Verschwinden der petitio necessaria und der Cautionsleistung der Vormünder nachweisen konnten.

Die erweiterte Sorge für das Wohl des Mündels war es, welche — unter dem Einfluße des herrschenden Zeitgeistes — das selbstständige Vertretungsrecht des Vormundes stets mehr und mehr in den Hintergrund stellte, und eben derselbe Grund war es, welcher — wie wir später sehen werden — auf die Rechnungslegung der Vormünder bestimmend einwirkte, die actio tutelae directa et contraria praktisch aus dem Leben drängte und eine administrative Geschäftsbehandlung an Stelle dieser Rechtsmittel setzte.

Endlich war es abermals diese erweiterte Sorge für das Wohl des Mündels und der dadurch gesteigerte Einfluß der Vormundschaftsbehörden, welche die Sicherstellung in dem Vermögen des Vormundes entbehrlich machten, welche an Stelle des gesetzlichen Pfandrechtes des Mündels an dem Vermögen des Vormundes eine bestimmte Capitalsanlage des Mündelvermögens und die Verwahrung des Geldes, der Werthpapiere und Pretiosen

der Waisen bei Gericht und unter Aufsicht der Vormundschaftsbehörde setzte.

Unter solchen Verhältnissen erscheint es bei diesem Abschnitte abermals geboten, einen Rückblick auf das römische und deutsche Recht zu werfen, und zwar umsomehr, als die germanische Grundlage des Vormundschaftsrechtes in Oesterreich einerseits, und der romanisirende Charakter der Rechtsbildung Oesterreichs im 16., 17. und 18. Jahrhunderte andererseits und der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 insbesondere auf die beiden Quellen des heimischen Rechtes so oft zurückweisen.

2. Rückblick auf das römische Recht.

Je mehr Elemente das spätere römische Vormundschaftsrecht aus der cura minorum im Gegensatze zur tutela impuberum aufgenommen hat, um so wichtiger ist es, hervorzuheben, daß der ganze Begriff der minor aetas sich im römischen Rechte an der Verwaltung des Vermögens solcher Personen herangebildet hat, welche dem alten Rechte nach zwar vollständig handlungsfähig waren, denen man jedoch praktisch ohne Gefahr die Sorge für ihr Vermögen ohne besondere Aufsicht nicht anvertrauen durfte.

Der Mündige war ja nach römischem Rechte nicht nur zur Eheschließung, zum Zeugnisse und zur Testamentserrichtung vollkommen befähigt, sondern er konnte Verbindlichkeiten nach der Strenge des Civilrechtes übernehmen; auch richteten sich die Anfänge der cura minorum in keiner Weise gegen die vollkommene Handlungsfähigkeit des Mündigen, sondern sie bezweckten vielmehr einen blos thatsächlichen Schutz, den Mündigen, welcher noch ein reifes Alter nicht erlangt hatte, vor den Folgen übereilter Handlungen zu bewahren. Aus thatsächlichen Schutzmaßregeln hat sich sodann das Rechtsinstitut der cura minorum langsam herausgebildet, und eben die langsame Entwickelung, welche sich an das wirkliche Leben stets anschloß, befähigte diese freiere Art der römischen Vormundschaft zu dem großen Einfluße, welchen sie auf das alte civilrechtliche Institut der tutela impuberum ausgeübt hat.

Sowohl die tutores impuberum wie die curatores minorum hatten nach römischem Rechte eine sogenannte vollständige Administration im Gegensatze zu verschiedenen curatores bonorum — welchen nur eine unvollständige Vermögensadministration zustand[1]).

Kraft dieser vollständigen Administration vertrat der gerirende Vormund der Pupillen und Minderjährigen des Herrn Stelle (domini loco est, personam domini sustinet) und erschien in dieser seiner Macht zunächst nur durch den Zweck einer red-

[1]) Rudorff a. a. O., II. Bd., S. 350 und 355.

lichen und verständigen Vermögensverwaltung eingeschränkt, welche Schranken theils durch die Bestimmungen des prätorischen Edictes, die juristischen Theorien und Constitutionen im Allgemeinen näher bestimmt waren, theils von Fall zu Fall durch den letzten Willen des Vaters vorgezeichnet werden konnten, theils endlich in der Oberaufsicht der Vormundschaftsbehörde in wichtigen Fällen gelegen waren [2]).

Die Verbindlichkeit des Vormundes bestand im Wesentlichen in einer zweckentsprechenden Erhaltung, Bewirthschaftung, Erweiterung und Verwendung des Mündelvermögens und hatte der Vormund in allen diesen Arten seiner Administration jene Sorgfalt, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anwendete, zu prästiren (diligentia, quam suis rebus adhibere solet — diligentia in concreto), für deren Vernachlässigung er dem Mündel verantwortlich war [3]).

Die Erhaltung des Mündelvermögens verpflichtete den Vormund, die Gebäude des Mündels in gutem Stande zu erhalten, Sachen, welche dem Verderben unterlagen, so schnell als möglich zu veräußern, andere bewegliche Sachen in sicheren Gewahrsam zu bringen, unsichere Forderungen einzuziehen, und wenn die Schuldner zahlungsunfähig waren, sich an die Pfänder zu halten [4]).

In Ansehung der Bewirthschaftung des Mündelvermögens hatte der Vormund die freie Wahl, Grundstücke des Mündels zu verpachten oder zu vermiethen oder dieselben selbst zu bewirthschaften, Handelsgeschäfte fortzusetzen oder aufzugeben, je nachdem es für den Mündel vortheilhafter war, und in Societäten zu verbleiben oder dieselben aufzukündigen; nur sollte sich der Vormund auf gewagte Geschäfte, neue Handlungen und Pachtungen nicht einlassen [5]).

In Ansehung der Mündelgelder bestimmte Justinian — nach einer vielfach wechselnden Gesetzgebung — in der Novelle 72, daß, wenn der Mündel Immobilien hatte, von deren Revenuen er leben konnte, der Vormund die freie Wahl haben sollte, die Gelder des Mündels verzinslich auszuleihen oder sicher, doch aber unverzinslich, zu deponiren; hatte der Mündel dagegen blos bewegliches Vermögen, so sollte der Vormund soviel davon auf Zinsen legen oder aber zum Ankaufe einträglicher Grundstücke verwenden, als zum Unterhalte des Mündels nothwendig war, den Rest aber ebenfalls sicher hinterlegen [6]).

---

[2]) Rudorff a. a. O., II. Bd., S. 352
[3]) Ebenda, S. 353.
[4]) Ebenda, S. 357.
[5]) Ebenda, S. 361.
[6]) Ebenda, S. 361.

Die Erweiterung des Mündelvermögens, soweit dieselbe nicht schon in der Einziehung von Mieth- und Pachtzinsen und von Interessen der Mündelgelder bestand, verpflichtete den Vormund zu besonderen Vorsichten bei Annahme von Schenkungen, welche dem Mündel gemacht wurden, und bei Erbschaften, welche demselben, sei es ipso jure anfielen, sei es blos deferirt wurden [7]); sowie er bei der Verwendung des Mündelvermögens namentlich Bedacht zu nehmen hatte, daß die für den Haushalt und die Vermögensverwaltung des Mündels erforderlichen Ausgaben gemacht und Schulden und Abgaben des Mündels berichtigt werden [8]).

Die Besprechung der besonderen Pflichten des Vormundes in Ansehung der Veräußerung des Mündelvermögens behalten wir uns für einen späteren Theil dieses Abschnittes bevor, in welchem wir von dieser Materie nach österreichischem Rechte handeln werden.

3. Rückblick auf das deutsche Recht.

Nach älterem deutschen Rechte kam es vor Allem auf die Unterscheidung an, ob die Mutter beim Tode des Vaters noch am Leben war, und ob in diesem Falle nach den einzelnen Rechten die Frau das unter dem Mundium des Mannes vereinigte Gesammtgut zu verwalten das Recht hatte.

In diesem Falle hatte der Vormund begreiflicherweise keinerlei Vermögensverwaltung, wohl aber dann, wenn beim Ableben des Vaters die Mutter nicht mehr am Leben war, oder wenn ihr ein Anspruch auf Verwaltung des ungetrennten Gutes nicht zustand [1]).

Der Vormund war rücksichtlich des Unterhaltes des Mündels nach einigen Rechten gar nicht weiter beschränkt, nach anderen war ein aliquoter Theil des Vermögens zum Unterhalte bestimmt, wieder nach anderen Rechten hatten der Stadtrath und die Erben des Mündels die Unterhaltskosten zu bestimmen [2]); was den Ueberschuß der Einkünfte des Mündelvermögens betraf, so fanden sich meist nur die Quellenaussprüche, welche dahin gingen, daß der Vormund dies zum Nutzen des Mündels zu verwenden habe, und namentlich sollte er Mündelgelder in der Regel in Grundstücken anlegen [3]).

Im Uebrigen war die Gebahrung des Vormundes in der Vermögensverwaltung eine relativ freiere; er hatte die Wahl, das Mündelgut selbst zu bewirthschaften oder durch Knechte und Mägde

---

[7]) Rudorff a. a. O., II. Bd., S. 367.
[8]) Ebenda, S. 376.
[1]) Kraut a. a. O., II. Bd., S. 32.
[2]) Ebenda, S. 34.
[3]) Ebenda, S. 36 und 38.

bewirthschaften, wohl auch, wenn es unbedeutend war, ganz brach liegen zu lassen; die Rechte des Mündels hatte der Vormund geltend zu machen, Forderungen einzutreiben, Lehenserneuerungen im Namen des Mündels zu ertheilen, und namentlich auch die Gerichtsbarkeit, welche mit dem Mündelgute verbunden war, auszuüben [4]).

Freilich nahmen diese bisher vorgetragenen Rechtssätze eine andere Gestalt überall dort an, wo sich eine tutela usufructuaria erhalten hatte, kraft welcher der Vormund die Erträgnisse des Mündelgutes — nachdem er den Unterhalt des Mündels aus denselben bestritten hatte — für sich behalten konnte [5]).

Nach neuem deutschem Rechte wurde das Verhältniß des Vormundes als Verwalter des Vermögens seines Mündels regelmäßig nach den Grundsätzen des römischen Rechtes beurtheilt; doch war die Stellung des deutschen Vormundes im neuen Rechte stets eine weitaus gebundenere durch den gesteigerten Einfluß der Vormundschaftsbehörde [6]).

Eine Abweichung vom römischen Rechte fand sich zunächst schon darin, daß die obbezogene Novelle 72 Kaiser Justinian's über die Verwendung der Mündelgelder in Deutschland nicht Eingang gefunden hatte, und daß die Bestimmungen der Pandekten und des Codex, daß der Vormund das Geld des Mündels niemals müssig liegen lassen dürfe, sondern es entweder auf den Ankauf von Grundstücken verwenden, oder aber zinsbar unterbringen müsse, wenn auch freilich mit der Modification angewendet wurden, daß das Ausleihen des Geldes die Regel bilden sollte, und daß der Ankauf von Grundstücken nur mit vormundschaftsbehördlicher Genehmigung zu erfolgen hatte [7]).

Eigenthümliche Bestimmungen kamen in Deutschland auch noch in Ansehung der Versicherungen der ausgeliehenen Mündelgelder vor, welche durch die thatsächlichen Verhältnisse des geänderten Realcredites gegeben waren [8]); das Verbot, welches dem Vormunde nicht gestattete, Mündelgelder in seinen Nutzen zu ziehen, wurde zwar recipirt, aber der Zinsfuß, nach welchem der Vormund diese Gelder zu verzinsen hatte, den reichsgesetzlichen Bestimmungen entsprechend, mit 5 Procent angenommen [9]).

Ueberall, wo auch nach dem neuen deutschen ehelichen Güterrechte die Mutter einen Anspruch auf Verwaltung des Mündelvermögens hatte, konnte natürlich von einer Vermögensverwaltung

---

[4]) Kraut a. a. O., II. Bd., S. 38 u. ff.
[5]) Ebenda, S. 54—85.
[6]) Ebenda, S. 135.
[7]) Ebenda, S. 137.
[8]) Ebenda, S. 139.
[9]) Ebenda, S. 141.

durch den Vormund keine Rede sein, welcher vielmehr in diesem Falle seine Thätigkeit auf die Aufsicht über die Verwaltung der Mutter und auf die Zustimmung oder Nichtzustimmung zu Verfügungen über Capitalien und Grundstücke des Mündels zu beschränken hatte [10]).

4. Oesterreichisches Recht.

a) Vom 16. Jahrhunderte bis zur Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669.

aa) Rechte und Verpflichtungen des Vormundes im Allgemeinen.

Daß der Vormund das Vermögen des Mündels getreu verwalten solle, sagten die Gesetze des 16. Jahrhunderts mit den verschiedensten Worten.

Das „Innsprucker Libell" vom Jahre 1518 [1]) befahl schon, „daß die Kinder mit unordentlicher Ausgab zu beschweren nicht gestattet, sondern die Einkommen zu der Kinder Nutz gewendet werden sollen"; die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 verordneten, daß die ungevogten Kinder mit Gerhaben auf das Beste versehen werden sollen, „damit in der Gerhabschaft Nichts zu Nachtheil gehandlet werde" [2]); und die niederösterreichische Polizeiordnung vom Jahre 1552 bestimmte endlich ausführlich, „daß die Gerhaben in allweeg jrer Phlegkhinder Guet unnd sachen, zum trewlichisten, pesten, und nutzlichisten handlen, derselben nutz und pesstes jrem höchsten versteen und vermögen nach, fördern, Nachtheil und Schaden fürkheren und wenden, und alles dermassen handlen sollen, wie Sy das bey jren gewissen vor Gott Christlich schuldig sein und vor der welt Erbar und pillich ist" [3]).

Wenngleich in diesen Gesetzesstellen ein unwiderlegliches Zeugniß dafür gefunden werden mußte, daß die Vormünder die diligentia diligentis patris familias (nicht blos die diligentia in concreto) prästiren mußten [4]), so bestimmten dieselben denn doch weder den Inhalt der Verwaltungspflichten des Vormundes und die denselben entsprechenden Rechte, noch zeigten sie jene Schranken an, an welche das vormundschaftliche Ermessen bei der getreuen Verwaltung des Amtes gebunden war.

---

[10]) Kraut a. a. O., II. Bd., S. 143.

[1]) Suttinger, S. 273.

[2]) Codex austr. II, S. 490.

[3]) Reform guter Polizei, Fol. XX.

[4]) Daß der Tutor omnis culpa prästiren mußte und auch nicht blos auf die diligentia in concreto beschränkt war, ergibt sich auch aus einer Entscheidung vom 8. April 1595, welche Suttinger unter dem Schlagworte „Gerhabens-Obligation", S. 274, anführt. Die Entscheidung lautet: „Wenn ein Gerhab bona fide handelt, und dasjenige thut, was er thun kann, oder ein jeder diligens paterfamilias gethan hätte, ist er von Rechtswegen ein mehreres zu thun unverbunden, qui enim fecit quod potuit legem

Freilich werden wir jene objectiven Schranken, welche dem Administrationsrechte gesetzt waren, erst bei den Detailbestimmungen der Gesetze genauer kennen lernen, allein es fragt sich denn doch auch, ob nicht neben jenen gesetzlichen Verfügungen der Vormund auch noch an den Willen anderer Personen gebunden war, welchen er bei der Verwaltung seines Amtes respectiren mußte.

In der That mangelt es uns in keiner Weise an Quellenzeugnissen, welche nachweisen, daß der Vater dem Vormunde in seinem Testamente genaue Verhaltungsmaßregeln vorschreiben konnte, an welche der Vormund sodann bei der Verwaltung seines Amtes gebunden war; es läßt sich aber auch noch des Weiteren, wenigstens in Ansehung der oberen politischen Stände, darthun, daß die Freundschaft, der Familienrath, zu Anfang unserer Periode einen nicht unbedeutenden Einfluß auf die Amtsführung des Vormundes hatte, und endlich werden wir ebenfalls auf jene Stellen zurückkommen müssen, welche den ganz hervorragenden Einfluß der Städte und Märkte, dann der Grundobrigkeiten, als Vormundschaftsbehörden bezeugen, und welche sich füglich am besten daraus erklären lassen, daß in früherer Zeit die gänzliche Administration, die gesammte eigentliche Vormundschaftsführung in Ansehung der Pupillen dieser Stände bei den Städten und Märkten, und besonders bei den Grundobrigkeiten, gelegen war.

Das Recht des Vaters, dem Vormunde bindende Vorschriften für die Administration des Mündelvermögens zu hinterlassen, fand sich vor Allem schon in der Polizeiordnung vom Jahre 1552, deren Schlußbestimmung über die Gerhabschaft dahin lautete, „daß in allem und jedem Gerhabschaften diese ... Ordnung stät und vestiglich gehalten und derselben nachgegangen und gelebt werden solle, Es wäre denn sach, daß der Testirer in seinem Testamente oder letsten willen seiner Khinder unnd verlassenschafft halber sondere Ordnung gemacht und hindter sein verlassen hätte, indem es alßdann dabey auch bleiben solle, man befunde denn spürliche und augenscheinliche verdächtlichait und schaden der Kinder, in welchem Faal die Sachen zu erleutterung und erkhentnus der Obrikhait oder Gerichts und der Raithandler gestelt sein sollen“ [5]).

---

adimplevit“. — Die bewußte Bedeutung dieser Entscheidung geht daraus hervor, daß, im Gegensatze zur Haftungspflicht des Tutors, der Satz aufgestellt wird, „daß es fürgesehen Rechtens sei, daß ein curator bonorum zur Prästation von omnis culpa nicht, sondern nur ad dolum et latam culpam verbunden sei“. — Wenn Suttinger ebenda den Grundsatz aufstellt, „daß Gerhaben auch Dasjenige, was sie per latam culpam verabsäumt, zu ersetzen schuldig seien“ und hiefür eine Entscheidung vom 31. Jänner 1650 anführt, so steht diese Stelle denn doch sicher nicht der Annahme im Wege, daß der Vormund im Allgemeinen auch für levis culpa zu haften hatte.

[5]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXXIIIv.

Die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns von 1573 bestätigte diese Regel stillschweigend, indem sie sich rücksichtlich der Gerhabschaft — wie schon oft erwähnt — einfach auf die Polizeiordnung des Jahres 1552[6]) bezog; dagegen verfügte die Landtsordnung für Oesterreich ob der Enns von 1609 noch viel klarer, daß, „wenn den Pupillen durch die Eltern in ordentlichen Testamenten oder Letzten willen gewisse Vormünder und Gerhaben benennt, dermalen auch, wie es mit der Inventur und Verwaltung aller der Pupillen Erbgüter zu halten, außtrückhlich Maaß und ordnung geben würden, es bei solcher der Eltern Verordnung und Testaments-Inhalt genzlich verbleiben und durch der Pupillen ordentliche Obrigkhait Vest und Steif darob gehalten werden solle, und daß nur dann, wenn solche Testamentliche Gerhaben in Ihrer Administration mißredlich und offenbahr den Pupillen zu gefahr und schaden handlen und fahrläßig befunden wurdten, sich aber hirinn mit dem Teßtament außreden, schützen und Ine nit maß geben lassen wollte, Inne durch Ihre fürgesetzte Obrigkheit solches nit gestattet werden solle“ [7]).

Wenn es nach den angeführten Stellen keinem Zweifel unterworfen werden kann, daß des Vaters Einfluß auf die Art der Vermögensverwaltung durch den Vormund nach österreichischem Rechte, wenn auch kein unbeschränkter, so doch ein sehr bedeutender gewesen ist, so wird es uns dagegen weitaus schwieriger sein, die Spuren eines analogen Einflußes der Familie auf die Vermögensverwaltung nachzuweisen.

In der That enthält auch nur die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns deutliche Spuren, daß bei den Pupillen des Herrn- und Ritterstandes der Familienrath einen so bedeutenden Einfluß auf die Vermögensverwaltung üben konnte, und es erscheint diese Thatsache um so auffallender, als diese im Jahre 1609 erschienene Landtsordnung denn doch im Wesentlichen die Bestimmungen der Polizeiordnung von 1552 aufgenommen hatte und sich daher offenbar veranlaßt fand — den Bestimmungen dieses Gesetzes entgegen, welches die Sonderstellung des Herrn- und Ritterstandes mit Stillschweigen übergangen hatte — das fortlebende Gewohnheitsrecht, den guten, nicht leicht zu überwindenden Landtsbrauch zu bezeugen.

Nach dem durch diese Landtsordnung bezeugten alten Herkommen hatten die nächsten angebornen Blutsfreunde eines Pupillen des Herrn- und Ritterstandes das Recht, „alsbald nach der Eltern

[6]) Landtsordnung für Oesterreich unter der Enns, III. Buch, 129. Titel, S. 321v.

[7]) Landtsordnung für Oesterreich ob der Enns, III. Theil, 43. Titel, S. 561.

Todtfall und Begräbniß zusammenzukommen, unter sich den tauglichsten und nächsten Blutsfreund zum Vormunde zu wählen und ihm die Pupillen sammt ihren Erbgütern vermöge eines Inventars und wie sie solches den Pupillen zum Besten, Nutz und Treulichsten versehen, zu überantworten, anzuvertrauen und zu befehlen“ [8]).

Dieser erkorene Vormund bedurfte demgemäß auch durchaus keiner Confirmation durch die Obrigkeit [9]) und war nur zur Rechnung nach erreichter Vogtbarkeit der Pupillen und sonst nur auf Erforderung des Landeshauptmannes schuldig, wo sodann dem Familienrathe eine wichtige Stellung gegeben war [10]).

Wenn diese Stellung des Familienrathes — wie schon bemerkt — sich schon aus der Polizeiordnung des Jahres 1552 bis auf einige wenige Reste verloren hatte, so erhielt sich andererseits der ganz besonders wichtige Einfluß der Städte und Märkte und der Grundobrigkeit als Vormundschaftsbehörde auf die Vermögensverwaltung der Pupillen weitaus länger, wenngleich die Polizeiordnung des Jahres 1552 auch dieser zweiten Sonderstellung keine besondere Rechnung getragen hatte.

Abermals aus der Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns geht aus der beständigen Entgegensetzung der Rechtsverhältnisse der Pupillen der Städte und Märkte am Lande und der Unterthanen gegen die Angehörigen der oberen Stände deutlich hervor, daß die Städte und Märkte und die Grundobrigkeiten noch im 16. und 17. Jahrhunderte und ungeachtet sie durch die Reichsgesetze verbunden waren, Vormünder zu setzen, die eigentliche Administration des Mündelvermögens in Händen hatten, und eben mit Rücksicht auf diesen in der Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns bezeugten Landtsbrauch lassen sich die von uns schon oben bezogenen, von Suttinger überlieferten Entscheidungen erklären.

Nur so konnte es kommen, daß noch am 16. April 1573 [11]) den Grundherren neuerlich eingeschärft werden mußte, daß sie den Waisen ihrer verstorbenen Unterthanen Gerhaben setzen müssen und daher die Verwaltung ohne Gerhaben nicht an sich ziehen dürfen; nur so läßt sich die ältere Entscheidung vom 19. März 1565 [12]) deuten, daß die Städte wegen ihrer gehabten Verwaltung schuldig seien, Rechnung zu legen, während sonst denn doch die Rechnungslegung nur dem Vormunde und nicht der Obervormundschaft oblag; nur so kann die Entscheidung

[8]) Landtsordnung für Oesterr. o. d. E., III. Th., 43. T., S. 561 u. 562.
[9]) Ebenda, S. 568.
[10]) Ebenda, S. 570.
[11]) Suttinger unter dem Schlagworte „Grundherr“, S. 319.
[12]) Ebenda unter dem Schlagworte „Grundherr“, S. 319.

vom 14. April 1576 [13]) begriffen werden, daß die Stadt Wien Dasjenige, was unter ihre Jurisdiction auf ungevogte Kinder fällt, allein zu vergerhaben und im Künftigen zu verantworten habe; nur so eröffnet sich das Verständniß für die Entscheidung vom 19. August 1608 [14]), „daß die Obrigkeit, welche sich der völligen Administration ihrer Pupillen, außer Ersetzung einiger Gerhabens annehme (welche trotz des positiven Gebotes dennoch keine Gerhaben setze), den Pupillen das Ihrige in Hauptsachen, Interesse und schaden gut machen müsse", und daß nach einer Entscheidung aus dem Jahre 1653 [15]) eine Obrigkeit Denjenigen, welche unter ihrer Jurisdiction Waisen werden, Gerhaben verordnen solle oder im entgegengesetzten Falle selbst Gerhab sei und die Schuld eines Gerhaben tragen müsse.

Alle diese Stellen erhalten ihre richtige Deutung erst durch die Beziehung auf die Sonderstellung, welche eben den Städten und Märkten und den Grundobrigkeiten als Obergerhaben zukam, auf jene Sonderstellung, welche in der oberösterreichischen Landtsordnung so klar und scharf hervorgehoben, und welche aus den anderen gleichzeitigen oder selbst früheren Gesetzen und aufgezeichneten Gewohnheiten entschwunden war.

Diese Sonderstellung der Städte und Märkte und der Grundherren erklärt es allein, daß ihnen die Bestellung des Vormundes, selbst ohne Rücksicht auf Verwandtschaft des Gerhaben mit dem Pupillen, anheimgegeben war, daß sie die Mündelgelder in Händen hatten und in der Verrechnung des Waisenvermögens eine ganz besondere Stellung einnehmen konnten [16]).

Die zunehmende Bedeutung der Obervormundschaft schwächte freilich in der Folge diese eben wahrgenommenen Unterschiede bei der Vergerhabung der Pupillen der verschiedenen Stände erheblich ab; nicht einmal der Wille des Vaters konnte den mächtigen Einfluß behalten, welchen ihm das überlieferte Recht bewahrt hatte, und die Bedeutung der Freundschaft verlor sich immer mehr aus dem geltenden Rechte, und da die Stellung des Vormundes zur Vormundschaftsbehörde selbst bei den oberen Ständen immer eine abhängigere geworden war, so kann es nicht Wunder nehmen, daß schließlich die Stellung des Vormundes in Absicht

[13]) Suttinger unter dem Schlagworte „Der Stadt Wien Erb-Recht betreffend", S. 891.

[14]) Ebenda unter dem Schlagworte „Obrigkeitliche Administration der Pupillen", S. 632.

[15]) Ebenda unter dem Schlagworte „Pupillen und der Minderjährigen Güter, welcher Gestalt sie verkaufft werden können", S. 635.

[16]) Landtsordnung für Oesterreich ob der Enns, III. Buch, 43. Titel, S. 568, 570 und 571 u. ff.

auf die Vermögensverwaltung bei allen Pupillen nur mehr durch die Sätze des materiellen Rechtes und durch die Anordnung der Vormundschaftsbehörde ihre nähere Bestimmung erhielt.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen könnten wir sogleich auf die Detailbestimmungen über die Administration des Mündelvermögens übergehen, wenn wir uns nicht noch im Allgemeinen die Frage vorlegen müßten, ob sich eine tutela fructuaria auch im österreichischen Rechte des 16. und 17. Jahrhunderts noch erhalten habe.

Es könnte am ersten Blicke scheinen, als ob diese Frage unbedingt verneint werden müsse, da die Rechtsquellen dieser Periode diesen Ausdruck gar niemals gebrauchen und erst viel spätere Schriftsteller Vossius[17]) und Banniza[18]), nebenher dieser Art der Vormundschaft erwähnen.

Indessen glauben wir dennoch, in der Polizeiordnung des Jahres 1552 Spuren der tutela fructuaria entdecken zu können, indem dieses Gesetz principiell an mehreren Stellen zwischen dem „Bestand-" und dem „Rait-Vormunde" unterschied und der Bestandvormund nichts Anderes als ein Residuum des tutor fructuarius gewesen sein dürfte.

Erinnern wir uns vor Allem der Ansicht Kraut's, daß die tutela fructuaria sich enge an die altgermanischen wirthschaftlichen Verhältnisse anschloß, daß der Vormund aus dem Mündelgute den Unterhalt des Mündels bestritt, und daß er Früchte, welche er über diesen Aufwand hinaus durch eigene Mühewaltung aus dem Mündelvermögen zog, als sein Vermögen ansehen konnte, insbesondere dann, wenn der älteste Bruder die Vormundschaft über seine minderjährigen Geschwister führte; erinnern wir uns weiter daran, daß die Entlohnung des Vormundes sich in Deutschland im Anschlusse an die tutela usufructuaria, gewissermaßen als Ersatz derselben, herausgebildet hatte[19]).

Offenbar mit Bezug auf diese deutschrechtliche Gewohnheit sollten nach der Polizeiordnung des Jahres 1552 die Raithändler in Ueberlegung ziehen, ob es nicht nützlich sei, einem Gerhaben mit Vorwissen der Obrigkeit oder der Gerichte die Güter des Mündels in Bestandt zu geben, und dann hatte dieser sogenannte „Bestand-Gerhab" keine fernere Besoldung zu genießen; es hatte auch ganz besonders der ältere Bruder das Recht, „sich der Administration der Güter zu gebrauchen", in welchem Falle dann

---

[17]) Vossius, S. 301: „Remuneratio quoque locum habere non potest, cum tutor usufructuarius constitutus est."

[18]) Banniza, S. 23, dann S. 43—49.

[19]) Kraut, S. 82—84.

mit diesem älteren Bruder die Sachen auf einen Bestand gehandelt werden mußten, und zwar im Beisein der nächsten Freunde und unter Anzeige an die Obrigkeit, damit die jüngeren Brüder durch die älteren nicht benachtheiligt würden“ [20]).

Wenn auch die tutela fructuaria durch die Abschließung eines Bestandvertrages eine ganz besondere Gestalt angenommen hatte, so lag doch in dem Umstande, daß der Bestand-Gerhab so bestimmt von dem Rait-Gerhaben unterschieden wurde, umsomehr eine Erinnerung an die alte tutela fructuaria, als denn auch noch in dieser Polizeiordnung das Recht des ältesten Bruders — des nächsten Schwertmagen —, als Bestand-Gerhab einzutreten, gewahrt war [21]) und als der Wegfall eines Honorars für den Bestand-Gerhaben deutlich zeigt, daß eben in dem Bestande der Güter des Mündels das Honorar für den Vormund als inbegriffen angesehen wurde.

bb) Von den Rechten und Pflichten des Vormundes in Beziehung auf die Verwaltung des Mündelvermögens insbesondere.

Wenden wir uns nach dieser allgemeinen Betrachtung der Befugnisse und Pflichten, welche der Vormund in Rücksicht auf die Administration des Mündelsvermögens hatte, den einzelnen Bestimmungen der Rechtsquellen zu, so fällt uns:

1. die Pflicht des Vormundes in die Augen, das Vermögen des Mündels in seine Gewalt zu bringen und die Disposition über dasselbe zu erlangen.

Da der Beginn der Vormundschaft meist durch den Tod des Vaters nothwendig wurde, so ergab sich hieraus die doppelte Nothwendigkeit, das Vermögen des Mündels von dem Vermögen der überlebenden Mutter zu trennen und die Erbtheilung des väterlichen Vermögens unter den Erben des Vaters zu betreiben.

Beide Zwecke wurden in der Folge durch ein einheitliches Verfahren erreicht: durch die im österreichischen Rechte so wichtige Verlassenschaftsabhandlung; im 16. und 17. Jahrhunderte, in welchen die Verlassenschaftsabhandlung noch durchaus eine bestimmte Gestalt nicht angenommen hatte, wurde die Abfertigung der Mutter und die eigentliche Erbtheilung genau unterschieden, und wir haben daher die Verpflichtung, von beiden Punkten getrennt zu handeln.

Was nun die Abfertigung der Mutter betrifft, so enthält die Reform guter Polizei vom Jahre 1552 Stellen, welche die Wichtigkeit dieses Actes im Interesse der Pupillen sehr stark betonen.

---

[20]) Reform guter Polizei, Fol. XXIII.
[21]) Ebenda, Fol. XXIII und XXIIIv.

Diese Stellen lauten: „Es soll auch die abvertigung solcher Müeter (nähmlich der Rechten- und Stieff-Mütter) durch die Gerhaben mit möglicher Förderung beschehen, Angesehen, das den Kindern davon nicht wenig nutz und wolfart erspriessen, und offt nachteiliger und verderblicher schaden verhuet werden mag."

„Ob auch gleichwohl die Mueter Gerhab wär, so soll nicht minder die abvertigung oder außzaigung durch die Gerhaben beschehen, damit die unrichtigkhaiten, so auß jrriger vermischung der Guetter entsteen mag, verhüet und fürkomen werde." [1])

Die Wichtigkeit der mütterlichen Abfertigung erhellt aber auch alsbald aus den großen Rechten, welche, nach Walther's Zeugnisse (das in diesem Punkte maßgebend ist und welchem nahezu alle späteren Schriftsteller nachgeschrieben haben), der Witwe an dem Vermögen des Ehegatten zustanden.

„Eine Witwe (des Adels- oder Herrenstandes) war nämlich, nach Walther's Zeugnisse, ihres verstorbenen Hauswirths verlassene Hab und Guetter seinen Erben abzutreten nicht schuldig, sie werde denn zuvor ihres Vermächts und Zustellung ihres Heyrathsguts, Widerlag, Morgengab oder geschenkten Guts, auch der fahrenden Haab und andern Vermögen ihres habenden Heyrath-Briefs gänzlich abgefertigt, und solange sie nicht abgefertigt wurde, sollten ihr alle Nutzungen folgen und bleiben, so viel deren von ihrem verstorbenen Hauswirth verlassenen Haab und Guetter bis zu ihrer Abfertigung gefallen waren." [2])

Da dieses Recht der Witwe auf alle Nutzungen des Nachlasses ihres Ehegatten nicht nur „undisputirlich" war, wenn der Heiratsbrief die betreffende Clausel enthielt, sondern auch dann, wenn darin nichts davon enthalten war, vielmehr eine Beschränkung der Witwe auf etliche Stücke des Nachlasses im Heiratsbriefe besonders ausgedrückt werden mußte [3]); da ferner diese Rechte nicht nur der rechten, sondern auch der Stiefmutter zukamen [4]); da endlich der rechten und der Stiefmutter in Ansehung dieser ihrer Forderungen ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Vermögen des Gatten zustand [5]), welches im Falle des Concurses in Ansehung des Heiratsgutes ein privilegirtes [6]) war, so ist es klar, daß die Abfertigung der Witwen im Interesse der Pupillen dringend geboten war, und daß die Gerhaben so stark angetrieben wurden, diese Abfertigung zu bewirken.

Walther bezeugt auch, daß die Witwen sehr häufig aus

---

[1]) Reform guter Polizei, Fol. XXIII.
[2]) Walther, Tractatus III, cap. I, S. 962.
[3]) Ebenda, S. 963.
[4]) Ebenda.
[5]) Ebenda, cap. III, S. 966, und Tractatus VI, cap. VI, S. 982.
[6]) Ebenda, Tractatus VI, cap. VI, S. 983.

diesem Grunde sich mit der Vergerhabung der Kinder sehr lange Zeit ließen und während dieser Zeit die Güter des verstorbenen Hauswirths nutzten und gebrauchten — und er erklärt sodann, daß eine Witwe, welche beim Landmarschall nicht zeitlich anlangte, den Kindern Gerhaben zu bestellen, und welche ihre eigene Abfertigung nicht betrieb, schuldig war, sich mit den Kindern bei deren Vogtbarkeit, beziehungsweise mit deren Gerhaben, um die eingenommenen Nutzungen zu vergleichen [7]); allein weder diese Vorschrift, noch die weitere Bestimmung der Polizeiordnung des Jahres 1552 [8]), „daß eine Witwe, welche nicht die Obrigkeit nach dem Tode ihres Mannes um die Sperrung und Inventirung solch' ihres Hauswirths verlassenen Güter anlange, ihre Privilegien — den Nutz und Gebrauch der Verlassenschaft, die stillschweigende Hypothek und das privilegirte Pfandrecht im Concurse — verliere" [9]), vermochten einen Präventivschutz entbehrlich zu machen, sondern es traf immer die Gerhaben die Verbindlichkeit, die Abfertigung selbst in die Hand zu nehmen und nach Kräften zu betreiben.

Es kann nicht an dieser Stelle unsere Aufgabe sein, zu untersuchen, auf welche Weise diese Abfertigung der Witwen erfolgen mußte; hier sei nur constatirt, daß die Abfertigung der Witwen der oberen Stände, wenn im Heiratsbriefe ein Anderes nicht bedungen war, zwischen Weihnachten und Lichtmeß zu geschehen hatte [10]), und daß analoge Rechte, nach dem Zeugnisse der Landtafel Oesterreichs unter der Enns, sich auch bei den unteren Ständen vorfanden [11]).

Die nähere Darstellung eben dieser Lehre gehört in das eheliche Güterrecht, auf welches wir übrigens, anläßlich der Frage nach dem Bestande einer ehegattlichen Vormundschaft, an einem späteren Orte dieser Schrift noch zu sprechen kommen werden [12]).

---

[7]) Walther, Tractatus III, cap. XV.

[8]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXIII; Walther, Tractatus III, cap. I, S. 963, cap. XIV, S. 970; Suttinger unter dem Schlagworte „Wittib ist schuldig, ein Inventarium aufzurichten", S. 904, und unter dem Schlagworte „Inventarium", S. 359.

[9]) Siehe Note 8 und insbesondere Walther, Tractatus VI, cap. VI, S. 984 und 985.

[10]) Walther, Tractatus III, cap. VI.

[11]) Landtsordnung für Oesterreich unter der Enns, II. Buch, 28. Titel Fol. 195—205.

[12]) Der Wichtigkeit halber mögen gleich an diesem Orte die hauptsächlichsten Quellen des heimischen ehelichen Güterrechtes angegeben werden. Sie finden sich a) in Walther's Tractatus aureus, Tract. III: „Wie es mit Abfertigung der Wittfrauen bei denen vom Adel und Herrn-Stand nach Brauch des Ertzherzogthums Oesterreichs gehalten wird", S. 962—972; Tract. IV: „De Successione mariti uxore mortua", S. 973—975, und Tract. VI. „Mit was Ordnung in den Cridahandlungen die Gläubiger und Ansprecher bezahlt werden

Waren die Pupillen von der Mutter abgetheilt, so oblag nunmehr dem Vormunde, falls nicht die Verlassenschaft des Vaters

---

sollen". b) Nahezu vollkommen gleichlautend mit Walther's Tractatus aureus, und daher aus Walther entnommen, sind die Titel 81—95 und 107—116 des dritten Buches der Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, aus welcher Landtsordnung auch noch der Titel 28 des zweiten Buches „Von Heurathsguettern, widerlegung, Morgengab" ꝛc., Fol. 195—205, und der Titel 29 des zweiten Buches „Von Donationen und Uebergaben unter Lebendigen", Fol. 205v. bis 207, zu beziehen sind. c) Die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns handelt von diesem Gegenstande im III. Theile, 38. Titel: „Von Heyrathen, Ehehandlungen und Mallschaften", S. 515—520; 39. Titel: „Von Heyraths-Abreden, Heyraths-Guettern oder Ehesteuer, Widerlag und Morgengab", S. 520—533; 40. Titel: „Von sonderbahren Freyheiten der Ehesteuern", S. 533—540, und 41. Titel: „Von Abfertigung der Wittiber und Wittiben nach aines und des andern theils Tödlichen Abgang", S. 540—550. d) Suttinger insbesondere unter den Schlagworten „Donatio", S. 136, „Donatio Parentis inter Liberos", S. 138, „Dotem numeratam esse oportet", S. 143, Eroberte Güter in nähernder Ehe", S. 197, „Fahrnuß" S. 228, „Gewähr zugleich" S. 290, „Gewähr auf gesammte Hand", S. 291, „Gewähr auf Ueberleben", S. 291, „Heyrat-Gut", S. 338, „Heyraths-Gut-Vorzug", S. 338, „Heyraths-Vermächt", S. 341, „Heyrath-Abred betreffend", S. 341. „Heyraths-Brief", S. 342, „Hochzeit Präsent", S. 342, „Hypothek", S. 348, „Inventarii-Beneficium", S. 357, „Wittibliche Abfertigung betreffend", S. 900, „Wittib Griff wird nicht passirt", S. 903, „Wittib ist schuldig, ein Juventarium aufzurichten", S. 904. e) Schwartzenthaller in seinem Tractatus de pignoribus et Hypothecis, 17. bis 30. Capitel, S. 126—240. f) Weingärtler, II. Buch, VII. Titel, „De Donationibus", S. 94—106; g) Finsterwalder ganz besonders ausführlich und hauptsächlich mit Beziehung auf Walther und die oberösterreichische Landtafel im II. Buch Observatio 109. „De Pactis dotalibus etc.", S. 570, und im IV. Buche Observatio 5 bis inclusive Observatio 23, S. 30 bis 137. h) Reutter ad Tab. VI, S. 9, ad Tab. XII, S. 13. i) Beckmann unter den Schlagworten „Concursus creditorum", S. 72, „Donatio inter vivos", S. 112; „Donatio propter nuptias", S. 113; „Dos"; S. 114; „Dotalitium", S. 116; „Gewehr", S. 179 und 180; „Heyrats-Contract sive pacta dotalia", S. 190; „Heyrats-Contract und Heyrats-Brieff", S. 191; „Inventarium", S. 222; „Pacta dotalia", S. 327; „Paraphernalia", S. 330; „Pignus", S. 333; „Successio ab intestato" S. 465; „Vidua", S. 536 und 537; „Uxores", S. 554; „Widerlag", S. 559; „Wittib", S. 560 und 561. Bis zur Einführung eines neuen Intestaterbrechtes in Oesterreich blieben die Rechtsverhältnisse des überlebenden Ehegatten im Wesentlichen dieselben; namentlich hatten die Ehegatten kein eigentliches Intestaterbrecht auch bei dem gänzlichen Mangel an Verwandten. Dies bezeugt neben vielen anderen Schriftstellern am deutlichsten Reutter, ad Tab. XII, zu der Frage: „Warumen die pacta dotalia in Oesterreich so gemein seynd". Er stellt das Erbrecht der überlebenden Ehegatten nach römischem Rechte dar und fährt fort: „In diesem Land wird das contrarium durchgehends observirt und fällt der verstorbenen Conperson Verlassenschaft dem Fisco heim, dahero seynd die pacta dotalia oder Heyraths-Brieff allhier gar gemein." Mit Rücksicht auf diesen Umstand muß auch noch hier k) des „neuen Satzes und Erbrechtes außer Testament" gedacht werden, welcher für Oesterreich unter der Enns am 28. Mai 1720 (Cod. austr. Suppl.-Bd. I, S. 952) und für Oberösterreich (und Steiermark) am 16. März 1729 (Cod. austr. Suppl.-Bd. II. S. 504) publicirt, und in welchem im 14. Titel „Wann und wie die Eheleute einander erben mögen" ein auf dem Grundsatze des römischen Erbrechtes

ungetheilt in des ältesten Bruders Händen zu verbleiben hatte, die Erbtheilung unter den Miterben zu betreiben; die Erbtheilung konnte nun allerdings, nach Walther's Zeugnisse [13]), unter den Erben freiwillig erfolgen; konnten sie sich nicht einigen, so wurden Theilungscommissäre ernannt, welche die Theile machten, und es hatte dann das jüngste Kind, wenn es blos mit seinen Geschwistern erbte, die Wahl unter den Theilen, welche Wahl, wenn das Kind unvogtbar war, vom Gerhaben getroffen wurde.

Traf dagegen das Kind mit anderen Erben, als mit Kindern zusammen, oder war nicht die Erbschaft des Vaters, sondern eine andere Erbschaft zu theilen, so hatte kein Theil die Wahl, sondern es mußte stets das Los entscheiden.

Die nähere Darstellung der Erbtheilung muß jedoch abermals einem Specialwerke über das Erbrecht Oesterreichs überlassen bleiben [14]), in welchem auch die Rechtsverhältnisse der sogenannten „verziehenen Töchter des Herrn- und Ritterstandes" erörtert werden müssen, welche regelmäßig, wenn ein Mannesstamm vorhanden war, von der väterlichen und auch von der brüderlichen Erbschaft ausgeschlossen waren [15]).

---

basirtes Nachfolgerecht der Ehegatten eingeführt wurde. Mit Rücksicht auf diese neuen Gesetze sind noch zu erwähnen über die in Rede stehende Frage l) Grenet, S. 203, 267—270 und 297. m) Bossius, S. 225—250, 252—270, 272—276, 335—336. n) Jos. Leon. Banniza v. Bazan „Disquisitio de Analogia juris germanici civilis communis cum jure provinciali austriaco quoad successionem. Viennae 1767. o) Donner II, S. 55; III, 143 und 145, dann 187—195. p) Kaiser Josef II. Intestaterbrechts-Gesetz vom 11. Mai 1786, Nr. 548 J. G. S., §§. 23 und 24, dann q) das Josefinische bürgerliche Gesetzbuch im III. Hauptstücke, §§. 51—97.

[13]) Walther, Tract. V.: „Von den Erbschaften, wie dieselben getheilt werden sollen."

[14]) Ueber Erbtheilungen siehe außer dem Note 13 bezogenen Hauptwerke a) die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, III. Buch, Titel 96—102, Fol. 304—308 v. b) die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, V. Theil, 16. Titel: „Von Theilung der Erbschaften", S. 816—830. c) Weingärtler, III. Buch, I. Titel, S. 149. d) Beckmann unter dem Schlagworte „Erben", „Erbgüter", „Erbschaft", „Erbtheilung", S. 136—138. e) Der Satz und Ordnung des Erbrechtes außer Testament für Oesterreich ob und unter der Enns und Steiermark (Note 12k) enthielt im 17. Titel „Von Theilungen der Erbschaft" neue Vorschriften, nach denen ausdrücklich (§. VII) den Gerhaben des Jüngsten das Recht der Wahl der vom Aeltesten gemachten Theile gewahrt wurde, wenn es sich um Erbtheilung in absteigender Linie handelte; bei anderen Erbschaften mußte über die Erbtheile das Los geworfen werden (§. X). f) Bossius, S. 171—173. g) Banniza, in dem in der Note 13 angeführten Werke. h) Donner II, S. 69—75.

[15]) Ueber die Weiberverzichte des Herrn- und Ritterstandes: a) Walther, Tractatus I, cap. VI, S. 928, und cap. XX, S. 936, in welchem ausdrücklich den Weibsbildern vom Adel- und Herrnstand das Erbrecht — etliche Fälle ausgenommen — abgesprochen wurde. Uebereinstimmend hiemit b) Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, III. Buch, 74. Titel, Fol. 287 v., und 76. Titel, Fol. 289. c) Landtsordnung für Oesterreich ob der Enns,

2. Dürftig sind die Bestimmungen der Rechtsquellen bis zur Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 über die Erhaltung und Bewirthschaftung des Mündelvermögens.

Wurde mit dem Gerhaben — „mit Vorwissen der Obrigkeit oder des Gerichts nach aigentlicher und genuegsamer erkhundigung aller Gelegenheit der Güter" — ein Bestandvertrag abgeschlossen, hatte man es mit einem „Bestand-" im Gegensatze zu einem Raitgerhaben zu thun: dann mußte die Obrigkeit nur Vorsorge treffen, „daß die Guetter (des Mündels) nicht geschmällert, und des Pupillen Arme Underthanen, wo deren vorhanden sein, nicht beschwert werden", und es mußte der „genuegsame Bestanndtbrief mit allen notturfftigen Clauseln gefertigt werden" [16]); über die Administration des Vermögens selbst traf die Polizeiordnung aber keine andere Verfügung, als daß, wenn schon ein Verdacht einer üblen Verwaltung sich äußere, „die Administration und verwaltung der Güetter durch den Vormund in verpot gelegt, und in sachen gepürlich und notwendig, durch fürderliche Inquisition, nachfrag und erkhundigung auch besichtigung der Güetter gehalten und volgendts darauf nach gestalt und gelegenhait der sachen, des Pupillen notturfft durch die Obrigkhait fürgenommen, verordnet und gehandlet, und darinn khain saumbnuß, verzug, noch verlängerung gebraucht noch gestattet werden solle" [17]).

Außer diesen Bestimmungen der Reform guter Polizei finden sich nur noch aus dieser Zeit einige bei Suttinger aufgezeichnete Entscheidungen — vom 18. April 1569, daß die Gerhaben den gerichtlichen Verordnungen nach handeln und nichts deterioriren lassen sollen [18]); — vom 19. August 1608, daß die Herrschaft auf das Erbgebührniß der Pupillen Achtung zu geben, dasselbe zu bessern und darauf zu sehen habe, daß es nicht übel angelegt, aggravirt und geschmälert werde, und daß die Gründe nicht in Abödung

---

III. Theil, 42. Titel, S. 550. d) Suttinger, „Erbe, Erbschaft" ꝛc., S. 174—197, „Testamentum ultimi de familia", S. 806, „Verzichten", S. 837 und 839. e) Weingärtler, S. 151 und 154. f) Finsterwalder, IV. Buch, Observatio 27—31, S. 178—222. g) Reutter, ad Tab. XII, S. 12. h) Beckmann unter dem Schlagworte „Verzicht", S. 532. i) Der Satz und Ordnung des Erbrechtes außer Testament enthielt im 12. Titel die Bestätigung des alten Landtsbrauches. k) Bossius, S. 329—332. l) Bannizza in dem (Note 12 n) angeführten Werke. m) Donner, II. Bd., S. 47 u. ff. Aufgehoben wurde dieses Institut der verziehenen Töchter durch das (Note 12 p) bezogene Intestaterbrechtsgesetz Kaiser Josef II. (Siehe besonders §. 27.)

[16]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXv., und hiemit übereinstimmend Landtsordnung für Oesterreich ob der Enns, II. Buch, VII. Titel, Fol. 127.

[17]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXII; Landtsordnung für Oesterreich ob der Enns a. a. O., S. 578.

[18]) Suttinger unter dem Schlagworte „Gerhab", S. 274.

kommen [19]); — und endlich vom 2. Juni 1595, daß Jeder, der einen Vormund einer ungebührlichen Administration in seiner Vormundschaft beschuldigen wolle, dies auch erweisen müsse [20]).

Eine besondere Vorschrift galt nach den Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 für die Wiener Bürger, nach welcher Bürgermeister und Rath die liegenden Güter der Pupillen alle Jahre beschauen lassen mußten, damit diese Güter mit Fleiß unterhalten und gebaut werden [21]).

Endlich hatte sich die nach der obderennsischen Landesordnung für die Pupillen der Städte und Märkte und der Grundobrigkeiten vorgeschriebene Nachlaßsperre [22]) nach einem Rathsbeschlusse der Regierung vom 11. December 1648, bereits auf die oberen Stände ausgedehnt [23]), und es war weiter im Jahre 1656 von derselben Behörde beschlossen worden, bestimmte Räthe abzuordnen, welche sich von Viertel- zu Vierteljahr nicht blos über die Versorgung der Pupillen, sondern auch über die Administration des Vermögens derselben zu erkundigen hatten [24]).

3. Viel ausgebildeter waren schon die Bestimmungen des 16. Jahrhunderts über die Veräußerung des Mündelvermögens. Die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 bestimmten, „daß die liegenden Güter eines Pupillen nur unter der einzigen Voraussetzung angegriffen und mit Wissen und Vergönnen des Bürgermeisters und Raths verkauft werden durften, wenn Vater und Mutter Geld-Schulden hinterlassen hätten, welche nicht anders bezahlt werden konnten, und daß die Gerhaben weder durch sich selbst, noch durch jemand Anderen ihrer Pfleg-Kinder Gut nachstellen, noch kauffweiß oder auf andere Weise an sich bringen durften“ [25]).

Die Polizeiordnung von 1552 enthielt dagegen schon eingehendere Bestimmungen über diese aus dem römischen Rechte entnommenen Veräußerungsverbote.

„Fahrende und bewegliche Güter der Pupillen, welche durch Liegen verdorben, verloren oder vertragen werden — daraus dann den Pupillen Schaden und Nachtheil erfolgen möchte, sollten nach Inhalt des Inventariums durch Schätzleute geschätzt und mit vorwissen der Obrigkeit subhastirt, verkauft und zu Geld gemacht werden, und wenn die Pupillen den Verkauf bestimmter, dem Ver-

---

[19]) Suttinger unter dem Schlagworte „Obergerhabschafft“, S. 283.
[20]) Ebenda unter dem Schlagworte „Gerhaben“, S. 278.
[21]) Codex austr. II, S. 490.
[22]) Landtsordnung für Oesterreich ob der Enns a. a. O., S. 564 und 565.
[23]) Suttinger unter dem Schlagworte „Rathsschluß in pleno, die Sperr betreffend“, S. 776; ebenda unter dem Schlagworte „Waisen Buchs und etliche Schrüß in Waisensachen betreffend“, S. 865.
[24]) Ebenda.
[25]) Codex austr. II, S. 490.

derben unterliegender Fahrnisse und Kleinodien nicht zugeben wollten, so sollte die Obrigkeit hierüber entscheiden."

Was aber die liegenden, unbeweglichen Güter betrifft, so hatte die Polizeiordnung die Veräußerung schon aus anderen Gründen als aus solchen, welche in den Wiener Freiheiten allein statthaft waren, zugelassen; nur mußte die Veräußerung „aus genuegsamen Ursachen, mit Vorwissen, staatlicher Erwägung und Erkenntniß des Gerichts und der Raithändler erfolgen" und durfte (im Falle der Noth) auf die liegenden Güter erst gegriffen werden, wenn zuerst die fahrende Habe bereits veräußert war, sowie unter manchen liegenden Grundstücken die „ungelegensten" früher als die besseren Güter herangezogen werden mußten [26]); auch war dem Gerhaben verboten worden, das Gut des Pupillen unter was immer für einem Schein in seinen Nutzen zu kehren [27]).

Sowohl die Landtsordnung Oesterreichs unter und ob der Enns, als auch eine große Anzahl von Entscheidungen, welche uns Suttinger überliefert, beschäftigten sich eingehend mit dem Verbote, beziehungsweise mit den Cautelen bei der Veräußerung des Pupillarvermögens.

Die Landtsordnung von Oesterreich unter der Enns verlangte für den Verkauf der liegenden und der beweglichen „Haupt-Guetter" der Pupillen [28]), sowie auch für die Vertauschung [29]) derselben einen gerichtlichen Willbrief; ebenso sollte der Vormund eine gerichtliche Bewilligung einholen, wenn er einen Hauptbestand über alle Güter der Pupillen — nicht aber dann, wenn er nur einen Bestand über einzelne Güter desselben schließen wollte [30]); dagegen wurde sogar der Verkauf der Güter des Mündels an den Vormund, wenngleich unter großen Cautelen, gestattet [31]).

---

[26]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXII.

[27]) Ebenda, Fol. XXIIIv.

[28]) Landtsordnung für Oesterreich unter der Enns, II. Buch, 1. Titel, Fol. 102, nach welcher Stelle dann weder von einer vorausgehenden Schätzung noch von einer Subhastation mehr die Rede war.

[29]) Ebenda, II. Buch, 6. Titel, Fol. 126.

[30]) Ebenda, II. Buch, 7. Titel, Fol. 127.

[31]) Ebenda, II. Buch, Fol. 101v. Für den Verkauf eines Mündelgutes an den Vormund waren folgende Cautelen gegeben: „1. Der Verkauf hatte palam und bona fide und mit Vorwissen der nächsten Befreundten zu geschehen, denen das Einstandsrecht gewahrt bleiben mußte. 2. Es mußte unvermeidliche notturft vorliegen und von der Obrigkeit anerkannt werden. 3. Der Mitgerhab mußte den Verkauf bewilligen. 4. Die Gueter mußten durch unpartheiische Commissäre oder geschworne Personen geschätzt werden. 5. Der Gerhab mußte jenen Preis geben, welchen auch ein Anderer über die Schätzung hinaus zu geben bereit war; doch sollte hiebei von Niemanden, auch nicht von den nächsten Befreundten, eine gefährliche Steigerung statthaben. 6. Der Kaufschilling mußte von dem kaufenden Gerhaben dem Mit-Gerhaben straks nach beschlossenem und approbirtem Kaufe in baarem Gelde zugestellt werden, und es war nicht gestatter, daß die Zahlung des Kaufschillings bis zur Er-

Die Landsordnung von Oesterreich ob der Enns schloß sich einfach an die Polizeiordnung des Jahres 1552 [32]) an, und eben dasselbe gilt von den meisten Entscheidungen der Gerichte, welche uns Suttinger [33]) überliefert, wiewohl nach einer Entscheidung es dem Vormunde gestattet war, selbst solche bewegliche Gegenstände zu verkaufen, welche dem Verderben nicht unterlegen waren [34]).

4. Was schließlich die Anlegung der Mündelgelder betrifft, so werden wir sogleich sehen, daß Oesterreich in der Rechtsentwickelung des 16. und 17. Jahrhundertes mit dem übrigen Deutschland vollkommen gleichen Schritt gehalten hatte, daß insbesondere die, obschon glossirt, Novelle 72 Kaiser Justinian's bei uns niemals beobachtet, daß vielmehr die in den Pandekten und im Codex niedergelegten Bestimmungen angewendet wurden.

In dieser Beziehung stimmen die Polizeiordnung vom Jahre 1552 und die Landtsordnung Oesterreichs unter und ob der Enns von den Jahren 1573 und 1609 nahezu vollkommen überein.

Nach der Polizeiordnung von 1552 sollte Dasjenige, „was

---

stattung der Rechnung aufgeschoben werde, und daß dem Mitgerhaben an Stelle des baaren Geldes ein Schuldbrief gegeben werde."

[32]) Landtsordnung für Oesterreich ob der Enns a. a. O., S. 579.

[33]) Suttinger unter dem Schlagworte „Pupillen-Güter-Alienation", „Pupillorum bona immobilia sine Decreto Praetoris alienari non possunt". Motiv pag. 126. Aegidi Awer contra Abbtei zu Mölck den 6. März 1581, S. 633; ebenda „Das schlechte oder kleine Gut vorhero" in causa Margaretha Gruberin contra Magistratum beider Städte Cremß und Stein, 19. Juni 1595, S. 633; Similiter in causa Emanuel Hohenecker contra Ehrenreich Hohenecker, 14. Juli An. 1593, S. 633. Ebenso in causa Antonii Steinacker contra Thomam Schmidel, 29. Jänner 1633, S. 633. Ebenso in causa Susanna Catherina Callinin contra Herrn Tobias Gertiger Erben 24. December 1648, S. 634, in welchem Falle als Requisite eines gültigen Verkaufs erfordert wurde: a) Urgens aes alienum et Decretum Judicis cum causae cognitione. 2. Quod debitum pupilli ex aliis bonis mobilibus solvi non possit. c) Hoc debet per discussionem bonorum liquere judici. d) Nec facile credendum est tutoribus nec curatoribus, necesse esse distrahi bona pupillorum. e) Quod vendatur res minus damnosa. f) Quod pro parvo debito non vendatur res magna. g) Ista omnia praecedant decretum judicis. h) Quod post decretum interveniant subhastationes et plus offerenti vendatur. i) Praedictis non intervenientibus nulla erit alienatio nullumque decretum judicis et tali casu non obstante decreto judicis datur pupillo non solum actio personalis contra tutorem, sed etiam realis, ad rem ipsam, non legitime alienatam vindicandam, S. 634—635. Ebenso in causa Anna Maria Lebentin contra das Bisthum Wien, 30. Juli 1653, S. 636; dann unter dem Schlagworte „Gerhabens Obligation", Entscheidung in causa Paulen Neuhofer contra Herrn v. Kollonitsch 16. October 1623, S. 275.

[34]) Suttinger unter dem Schlagworte „Gerhabens Obligation": „Gerhaben können diejenigen Sachen, quae servando servari possunt, noch wohl veralieniren", Entscheidung vom 8. April 1595.

alle Jar järlich an Empfang über die Außgabe im vorrath überpleiben wirdet, wo es anderſt ſovil, das es ainen genieß ertragen khan, alßpald den Pupillen nach gelegenheit ſolches vorrats, auff Erlichen unnd Chriſtlichen gewynn, genieß und einkhomen angelegt und verordnet werden."

„Wo aber aine Gerhabſchafft anſehnlich und groß wäre, ſollte der Gerhab von ſolchen Reſt oder vorrat über Fünff oder das maiſt über Sechshundert gulden nit inhendig behalten, ſondern ſolch gellt jederzeit an ligende Gueter oder ſonſt den Pupillen zu Nutz unnd guetem anlegen und verwenden."

Derjenige Gerhab endlich, „welcher hierinn ſäumig und läſſig ſein würdet", und ebenſo jener Gerhab, der gegen das Verbot des gemeinen Rechtes „ſolches überpleibend Gellt ſeines aignen Nutz halber inhendig behallten oder ſelbſt gebrauchen würde, ſollte zu ainer ſtraff ſchuldig ſein, den Pupillen das jhenig, ſo inen das bevorſteend Gellt ertragen mögen, völliglich zu erſtatnen und zu bezalen" [35]).

In der Polizeiordnung von 1552 war ein Zinsfuß, nach welchem der Vormund das müſſig liegende oder aber von ihm zu ſeinem eigenen Nutzen verwendete Geld des Mündels zu verzinſen hatte, noch nicht ausgeſprochen worden; dagegen verfügte die Landtsordnung Oeſterreichs unter der Enns ſchon ganz klar, „daß der Gerhab ſeiner Pflegkinder Paarſchaft weder ſelbſt brauchen, noch lehensweiſe genieſſen, noch ſeinen Mitgerhaben ausleihen ſolle" [36]), und daß, wenn ein Gerhab oder Curator dies ohne Vorwiſſen und Willen der Obrigkeit thun, er den Pflegkindern zu ſeinen vogtbaren Jahren nicht allein die Hauptſumme, ſondern auch die gebührlichen Intereſſen bezahlen ſolle [37]), welche gebührliche Intereſſen, wie wir gleich ſehen werden, mit 5 Procent angenommen wurden.

Es wurde nämlich den Gerhaben und Curatoren in dieſer Landtsordnung auch geboten, die Baarſchaft der Pupillen und Minderjährigen, deren ſie zu ihrer Verwaltung nicht bedurften, darlehensweiſe anzulegen [38]), und zwar „an ehrliche, gewöhnliche und ſichere ortt, widrigens die Vormünder und Curatoren als gebräuchige Intereſſen fünff Procent von dato ihres Unfleißes zu bezahlen hatten" [39]).

Behaupteten endlich die Gerhaben und Curatoren, daß ſie

---

[35]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXIv.

[36]) Landtsordnung für Oeſterreich unter der Enns, II. Buch, 8. Titel: „Von Geldſchulden und Paren fürlehen", Fol. 134.

[37]) Ebenda, II. Buch, 12. Titel: „Von Uſuren, Intereſſen und Verzinſungen", Fol. 144v.

[38]) Ebenda, II. Buch, 8. Titel, Fol. 133v.

[39]) Ebenda, II. Buch, 12. Titel, Fol. 145.

eine sichere Anlage nicht finden konnten, oder daß sie das Geld zu ihrer vormundschaftlichen Verwaltung benöthigten, so lag ihnen der Beweis dieser Behauptung ob [40]).

Die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns endlich, welche nach dem Reichs-Deputations-Abschiede vom Jahre 1600 — durch welchen im §. 139 die Interessen a tempore morae mit fünf vom Hundert festgesetzt wurden — erschienen war, bestimmte im Anschlusse an diese Bestimmung die Verpflichtung des Vormundes zur Verzinsung des nicht angelegten oder eigenmächtig entlehnten Mündelgeldes mit 5 Procent, und unterschied sich nur darin von der Polizeiordnung von 1552, daß das Geld, welches der Vormund selbst bei großen Vormundschaften ohne weitere Anlage in seinen Händen behalten durfte, regelmäßig 400, höchstens aber 500 Gulden betragen durfte [41]).

Nähere Bestimmungen über die Art der Anlage der Mündelgelder, über deren Versicherung durch Pfand, Hypothek oder Bürgschaft mangelten in den Rechtsquellen des 16. und 17. Jahrhundertes gänzlich, ebenso wie die Obervormundschaft auf die Art der Anlage des Mündelgeldes einen bestimmenden Einfluß nach den Gesetzen nicht zu nehmen hatte.

b) Bestimmungen der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669.

1. Die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 zeichnet sich auch in dieser Materie durch eine systematische und möglichst vollständige Behandlung des Gegenstandes, sowie durch vielfache Rücksichtnahme auf das gemeine Recht aus.

Die Stellung der Obergerhabschaft hat sich im Wesentlichen gegen die frühere Periode nicht verändert.

Der Einfluß des Vaters, Großvaters und Urgroßvaters auf die Art der Vermögensverwaltung des Mündelgutes war ein sehr erheblicher; sie konnten im letzten Willen die Gerhaben aller Verraitung entlassen und bei einer solchen Verfügung sollte es dann auch sein Verbleiben haben, wenn nicht die Obrigkeiten dawider erhebliche Bedenken hätten; außer dem Vater, Großvater und Urgroßvater hatte aber nur noch der Landesfürst die Macht, die rechnungsfreie Führung einer Vormundschaft zu bewilligen; jedoch waren — wie die Gerhabschaftsordnung bemerkt — sowohl im Falle, wenn ein Ascendent, als auch in dem anderen Falle, wenn der Landesfürst die rechnungsfreie Verwaltung gestattet hatte, die Gerhaben „wegen deß in Ihnen gesetzten

[40]) Landtsordnung für Oesterr. u. d. E., II. Buch, 12. Titel, Fol. 145.
[41]) Landtsordnung für Oesterreich ob der Enns a. a. O., S. 576 und 577.

absonderlichen Vertrauens" schuldig, „deß Pupillen Gutt mit desto mehreren Fleiß und Treu zu verwalten und dasjenige, was von deß Pupillen Vermögen an Einkünfften zu ihren Handen eingegangen, und was sie wieder davon ausgegeben, zu beschreiben"[1]).

Diese zwei einzigen Ausnahmen abgerechnet, war aber ein jeder Gerhab rechnungspflichtig; namentlich hatte sich in der Gerhabschaftsordnung der Unterschied zwischen dem Rait- und Bestandgerhaben und hiemit auch die letzte Spur einer tutela usufructuaria, welche die Polizeiordnung des Jahres 1552 noch gewahrt hatte, gänzlich verloren; zwar gestattete das Gesetz noch dem Vormunde, Güter des Pupillen in Bestand zu nehmen[2]); allein dieser Vormund war dann wie jeder andere Vormund zur Rechnungslegung verbunden und auch nicht mehr von der Remuneration ausgeschlossen.

Der Einfluß der Familie auf die Vermögensverwaltung des Mündelgutes war nach diesem Gesetze schon verschwindend klein; auch fand sich in demselben durchaus keine irgend weitgehende Unterscheidung zwischen der Verwaltung des Vermögens der Pupillen höherer Stände und der Bürgers- und Bauernleute mehr vor, obgleich freilich — wie wir in den Detailbestimmungen sehen werden — factisch ein solcher Unterschied, und zwar in dem einschneidendsten Punkte, in der Anlage des Mündelgeldes, bestand, und als factischer Zustand von der Gerhabschaftsordnung, wenn auch mit Widerstreben, zugestanden werden mußte.

Endlich wird auch hier schon im Allgemeinen hervorzuheben sein, daß die Kenntniß des römischen Rechtes die Gesetzgeber in einigen Bestimmungen über die Verwaltung des Mündelgutes recht deutlich geleitet hat.

2. Was sodann die Ermittlung und die Absonderung des Vermögens der Waisen betrifft, so ward die Verfügung erlassen worden, daß, „wenn eine Mutter des Pupillen von der Verlassenschaft des verstorbenen Gatten abzufertigen sei, die der Mutter zugegebenen Gerhaben allein der Kinder Nothdurft auf das Beste beobachten sollen"[3]); ingleichen war vorgeschrieben worden, „daß, wenn die Gerhabschafft auf einen vogtbahren Bruder falle, welcher von den Unvogtbahren nicht abgetheilt sei, und wenn ihm die Gueter insgemein zu genieſſen nicht gelegen wäre, die Obrigkeit denen Unvogtbahren gewisse Gerhaben zu der Abtheilung verordnen solle, welche darauf zu sehen hätten, daß die jüngeren Geschwister durch die Aelteren nicht vervortheilt

---

[1]) Gerhabschaftsordnung, 8. Titel: „Von den Inventarien", §. 4.

[2]) Ebenda, 11. Titel: „Von gerhablicher Verwaltung der Pupillen liegenden und fahrender Güter", §. 13.

[3]) Ebenda, 3. Titel, §. 3.

werden“ [4]); endlich war den Gerhaben, zu ihrer und der Pupillen mehreren Sicherheit, vorgeschrieben worden, „jede denen Pupillen zustehende, sei es eigene oder anderwärtige Erbschaft, anderst nicht als cum beneficio legis et inventarii anzutreten und sich die förderlichste Abfertigung der Wittwen, Dienstbotten und anderer richtiger Gläubiger alles möglichsten Fleisses angelegen sein zu lassen“ [5]).

3. Die eigentliche Erhaltung und Bewirthschaftung des Waisenvermögens anlangend, wurde den Gerhaben eingeschärft, sich mit möglichstem Fleiße angelegen sein zu lassen, die liegenden Güter, Häuser, Aecker, Weingärten und alle anderen Grundstücke der Pupillen in gutem baulichem Wesen zu erhalten [6]); die Gerhaben hatten sich nach Uebernahme der liegenden Grundstücke „alles Fleißes zu erkundigen, ob Lehen, Leibgeding oder Dienstbarkeiten darunter vorhanden seien, zur Verhütung der Fälligkeit die Lehen zu rechter Zeit zu ersuchen und zu empfangen und auch alle Dienstbarkeiten, sonderlich die Landtsanlagen ordentlich abzurichten, widrigenfalls sie den entstehenden Schaden den Pupillen gut zu machen hatten“ [7]); ausgeliehene Gelder, welche sich unter des Pupillen Vermögen vorfanden, hatte der Gerhab bei sich äußernder Gefahr zeitlich aufzukünden und einzufordern [8]); liegende Gründe des Pupillen endlich sollte der Gerhab ohne Vorwissen und Einwilligung der Obrigkeit weder selbst in Bestand nehmen, noch Anderen in Bestand geben [9]), wie auch schließlich ein Gerhab einen kostbaren neuen Bau nur im Falle als derselbe nothwendig oder für den Pupillen nützlich war, und auch dann nur mit Einwilligung der Obrigkeit beginnen durfte [10]).

4. Die Regeln über die Veräußerung des Mündelgutes hatten sich großentheils aus dem älteren Rechte erhalten; der Verkauf eines liegenden Gutes des Mündels war dem Vormunde ohne Genehmigung der Vormundschaftsbehörde nach wie vor regelmäßig verboten; nur dann sollte eine Ausnahme gelten, wenn der Verkauf von den Eltern im Testamente befohlen oder von denselben oder anderen Erblassern selbst geschlossen worden und von den Erben nur mehr zu vollziehen war; hatte aber die Obervormundschaft die Zulässigkeit eines Verkaufes zu beurtheilen, so sollte sie sich gegenwärtig halten, daß nur dringende Noth und Unvermeidlichkeit den Verkauf rechtfertigen können, und auch in diesem Falle mußten die fahrende Habe und die

[4]) Gerhabschaftsordnung, 3. Titel, §. 9.
[5]) Ebenda, 10. Titel, §. 2.
[6]) Ebenda, 11. Titel, §. 1.
[7]) Ebenda, 10. Titel, §. 3.
[8]) Ebenda, 11. Titel.
[9]) Ebenda, 11. Titel, §. 13.
[10]) Ebenda, 11. Titel §. 14.

schlechten Mobilien zuerst angegriffen werden, und nur wenn dies nicht zulangte, durfte auf die besseren Fahrnisse und auf liegende Güter, und unter diesen zuerst ebenfalls nur auf die schlechtesten und wenigsten, gegriffen werden[11]).

Daß unter dem Verbote des Verkaufes und der demselben gleichgestellten anderweitigen Veräußerungsarten auch die Verpfändung mit inbegriffen gewesen ist, beweist die Stelle der Gerhabschaftsordnung, in welcher dem Gerhaben auch die Veräußerung „der kostbaren Mobilien und Fahrnuß, als: Gold, Silber und Kleinodien der Pupillen", ohne Einwilligung der Obrigkeit verboten wurde, indem an dieser Stelle der Verkauf, Tausch und Versatz ausdrücklich unter dasselbe Verbot subsumirt wurden[12]).

Eine Erweiterung erhielt jedoch des Vormundes selbstständige Macht in der Gerhabschaftsordnung insoferne, als derselbe Fahrnisse, welche ohne Schaden nicht aufbewahrt werden konnten, unverzüglich, auch ohne der Obrigkeit Vorwissen, doch zu des Puwillen Nutzen, nach treuer Schätzung verkaufen durfte und sollte[13]). Eben dasselbe war auch noch ausdrücklich in Ansehung des Getreides, Weines und des anderen Einkommens aus des Pupillen Güter verordnet worden, rücksichtlich welcher Früchte noch insbesondere bestimmt war, daß der Vormund dieselben nur nach dem gangbaren Werthe zu verkaufen und daher nicht schuldig war, sie etwa auf künftige ungewisse Steigerung des Werthes aufzubehalten, noch an andere weit entlegene Orte um der Hoffnung des hohen Verschleißes Willen zu verschicken; gleichwohl war es den Gerhaben gestattet, solche Conjuncturen zu benützen, wenn sie hiezu vernünftige Ursachen hatten, in welchem Falle Gewinn und Verlust die Pupillen treffen sollte[14]).

War ein Gegenstand, der nur mit obrigkeitlicher Bewilligung verkauft werden durfte, ohne dieselbe verkauft worden, oder war der Bericht an die Obervormundschaft ein unbegründeter gewesen, so war ein solcher Verkauf zwar unkräftig, aber es konnte denn doch der Pupille nur innerhalb der nächsten fünf Jahre nach erlangter Vogtbarkeit gegen den dritten Besitzer auftreten, in welchem Falle er dann freilich die Meliorationen nur insoweit, als dieselben in seinen Nutzen kamen, zu ersetzen schuldig war[15]).

Daß ein Gerhab kein Gut seines Pupillen eigenmächtig, auch nicht entgeltlich, an sich bringen durfte, geht schon aus dem bisher

---

[11]) Gerhabschaftsordnung, 11. Titel, §. 2.
[12]) Ebenda, §. 3.
[13]) Ebenda, §. 5.
[14]) Ebenda, §. 6.
[15]) Ebenda, §. 4.

Gesagten hervor; ausdrücklich war aber dem Gerhaben der Ankauf von Forderungen an den Mündel verboten worden[16]).

5. Die wichtigsten Bestimmungen der Gerhabschaftsordnung betreffen die Anlage der Mündelgelder. Wie die Bestimmungen der Gerhabschaftsordnung über die Veräußerung des Mündelgutes deutlich auf das römische Recht zurückweisen und den von uns so oft betonten romanisirenden Charakter dieses Gesetzes documentiren[17]), so gilt das Gleiche von den Bestimmungen des Gesetzes über die Anlage von Mündelgeldern, wie dieselbe regelmäßig erfolgen sollte.

Das vorhandene, sowie das einkommende baare Geld mußte nämlich, wenn es der Erblasser so bestimmt hatte, in jedem Falle zur Erkaufung liegender Güter verwendet werden; mangelte es aber an einer ausdrücklichen Verfügung des Erblassers, dann war es der Wahl des Vormundes anheimgestellt, entweder nutzbare und liegende Grundstücke anzukaufen, oder aber das baare Geld „angesessenen und begüterten Leuten auf jedesmahl lauffendes jährliches Interesse mit gewisser austrücklicher Satz-Verschreibung oder genugsamer Bürgschaft oder dem Schuldner eigenthumblich zugehöriger Pfänder auszuleihen", und wo keine sichere Gelegenheit, das Geld auszuleihen, vorfiele, war es des Vormundes Pflicht, von Viertel- zu Vierteljahr die Anzeige an die Vormundschaftsbehörde zu erstatten[18]).

Es wurde in der Gerhabschaftsordnung dem Gerhaben insbesondere auch gestattet, das Geld des Mündels selbst zu brauchen und zu verzinsen, nur sollte dies mit „Vorwissen der Obrigkeit geschehen und derselben eine verbündliche Landsbräuchige Obligation eingehändigt werden"; es war daher dem Gerhaben verboten, ohne Einwilligung der Obrigkeit das Geld für sich selbst zu gebrauchen und bei den Darlehen an dritte Personen einigen Gewinn oder Vortheil zu suchen[19]).

---

[16]) Gerhabschaftsordnung, 11. Titel, §. 3.

[17]) Die Geschichte der Veräußerungsverbote im römischen Rechte ist bei Rudorff, II. Bd., S. 383—444, dargestellt.

[18]) Gerhabschaftsordnung, 11. Titel. §. 8. Die Unterscheidung zwischen Satz und Hypothek wird später bei dem Pfandrechte des Mündels am Vermögen des Vormundes erörtert werden.

[19]) Ebenda, §. 8. Die näheren Erfordernisse einer landtsbräuchigen Obligation sind im Gesetze nicht angegeben, immerhin muß es sehr zweifelhaft erscheinen, ob in Oesterreich landsbräuchige Obligationen auch den sogenannten „Landschaden-Bund" enthalten mußten. Der Landschadenbund, der sich schon in der Gerichtsordnung des Herzogthums Steyer von 1622 vorfand, hatte, nach Reutter's Erläuterung ad tab. XVI, 4—10, S. 14 und 15, seinen Namen von einer Vereinigung der österreichischen Lande, wonach zur Vermehrung des Credites den Schuldverschreibungen eine bestimmte Formel eingeschaltet werden mußte. Diese Formel verlieh sodann dem Schuldscheine die Executionsfähigkeit, gegen welche der Schuldner nicht einmal mehr mit der Ein-

Eigenthümlich gestaltete sich das Verhältniß bei der Anlage des Geldes der Mündel der Städte und Märkte und der Grundobrigkeiten; da lieferte eben die Gerhabschaftsordnung selbst den unwiderleglichsten Beweis, daß nach wie vor das Erbgebührniß der Pupillen bei der Obrigkeit und nicht in den Händen des Vormundes geblieben war, daß nach wie vor die Obervormundschaft das Geld des Mündels in Händen hatte, und daß sie thatsächlich und ungeachtet sie durch Reichs- und Landesgesetze angewiesen war, einen Vormund zu setzen, die Administration des Mündelvermögens führte und die Disposition über die Mündelgelder niemals aus den Händen gelassen hatte.

Deutlich schrieb hierüber die Gerhabschaftsordnung, welche den genannten Obervormundschaften die Disposition über die Mündelgelder zwar gerne entziehen wollte, dem überlieferten Zustande gegenüber aber nicht die Macht hiezu fühlte.

Es sollten nach diesem Gesetze die Obrigkeiten ohne gar wichtigen Ursachen ihre Waisengelder nicht selbsten auf Zinsung annehmen und gebrauchen, sondern darob sein, daß selbige anderwärts sicher angelegt werden.

Wenn sich nun eine solche Gelegenheit nicht finden und die geistliche oder weltliche Obrigkeit das Waisengeld selbst brauchen würde, dann sollten mindestens fünf Procent Interesse den Pupillen gereicht und auch die Güter der Obrigkeiten den Pupillen bis zur erfolgten Bezahlung satzweise verhaftet sein[20]).

Diese Bestimmung der Gerhabschaftsordnung war sehr

---

wendung der Zahlung oder Compensation aufkommen konnte. Siehe über den Landschadenbund: a) Suttinger unter dem angegebenen Schlagworte, S. 430—433; b) Suttinger in seinen Practicae Observationes; c) Beckmann eben unter demselben Schlagworte, S. 270. In Oesterreich hat aber sowohl nach dem Zeugnisse von Suttinger, Beckmann wie auch Donner der Landschadenbund niemals eine große Bedeutung erlangen können; dies erscheint auch mit Rücksicht auf die Executionsordnung vom 27. Juli 1655 sehr begreiflich, weil schon das mit Handschrift und Petschaft versehene Instrument als Instrumentum quarentigiatum, paratam executionem nach sich hatte. Dieses Recht der Privatschuldverschreibungen, auf welche Suttinger in den Observationes practicae (Obs. 71, S. 187) hinweist, erklärt einerseits den §. 298 der a. G. O., andererseits läßt es sich hiedurch begreifen, daß bei der Leichtigkeit, executionsfähige Urkunden zu bekommen, Notariatsurkunden kein Bedürfniß geworden sind; in der That enthielt die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, I. Buch, 24. Titel, Fol. 63v., die Bestimmung, daß die in Oesterreich unter und ob der Enns durch die Notare unter ihren Namen aufgerichteten und verfertigten Urkunden bisher für glaubwürdig nicht gehalten worden sind, und daß es hiebei sein Verbleiben haben solle; hiedurch erscheint auch sofort die Bestimmung des §. 112 a. G. O. erklärt, daß nur die Wechselproteste der Notare zu den öffentlichen Urkunden gerechnet wurden, weil dieses durch die späteren Wechselordnungen ausdrücklich angeordnet, während in den anderen Beziehungen der alte Landtsbrauch aufrechterhalten wurde.

[20]) Ebenda, §. 11.

wichtig; sie constituirte nicht etwa blos ein stillschweigendes Pfandrecht des Mündels am Vermögen der Obervormundschaft, sondern, wie der „Satz" nach österreichischem Rechte gewissermaßen publici juris war, so sollte ein solches besseres Pfandrecht den Pupillen verschafft werden, und es ist schon an dieser Stelle klar, daß die eben bezogene Verfügung der Gerhabschaftsordnung den Grund zu der später eingeführten Octava gelegt hatte.

Ueberdies war den Prälaten und anderen geistlichen Obrigkeiten, sowie den Vorstehern der Städte und Märkte und anderen Communitäten — nicht aber den Grundobrigkeiten — verboten worden, solches Waisengeld mit einem Betrage von mehr als 500 fl. ohne den Consens des Landesfürsten oder seiner Regierung aufzunehmen, und es sollten auch deren Güter dafür verhaftet sein; auch war es den Gerhaben eingeschärft worden, ein Zuwiderhandeln gegen diese Vorschrift am geeigneten Orte anzuzeigen.

5. Processe des Mündels hatte der Gerhab nicht blos zu führen, sondern er war auch schuldig, zu überlegen, ob nicht ein Vergleich der Processe anzubahnen sei [21]); immer mußte ein Vergleich der Ratihabition der Obervormundschaft vorbehalten werden [22]); andererseits konnte der Vormund in wichtigen Processen die Beistellung eines curator ad litem begehren, welcher dann um die Rechtsführung zu sorgen und dieselbe neben den anderen Gerhaben zu verantworten hatte [23]).

6. Waren mehrere Gerhaben vorhanden, so waren sie alle gleichzeitig zur Verwaltung und Verantwortung verbunden [24]); die Obrigkeit konnte eine Geschäftstheilung unter mehreren Vormündern machen, wonach jeder Vormund nur seinen Theil zu verantworten hatte; eigenmächtige Theilung der Verwaltung dagegen schützte vor Verantwortung nach dem ganzen Umfange der Vormundschaft nicht.

Die Schriftsteller, welche sich sofort an die Gerhabschaftsordnung anschlossen, sind über die von uns behandelten Fragen theils wortkarg, theils bringen sie nichts wesentlich Neues vor.

Reutter und Finsterwalder enthalten gar nichts, Weingärtler handelt von dem Gegenstande sehr oberflächlich, und ebenso kommt auch Beckmann nicht auf einen einzigen nennenswerthen Gesichtspunkt zurück.

---

[21]) Gerhabschaftsordnung, 2. Titel, §. 1.
[22]) Ebenda, §. 2.
[23]) Ebenda, §. 4.
[24]) Ebenda, 13. Titel §. 1.

Die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 war, wie wir gesehen haben, bis zu einer völligen Bevormundung des Vormundes noch nicht vorgeschritten; noch lag die Art der Anlage des Mündelgeldes, mindestens theoretisch, in der Hand des Vormundes, noch verwahrte er selbst das Mündelgeld und hatte freie Wahl, dasselbe auf eine oder die andere Weise, welche gesetzlich gebilligt war, anzulegen, ohne die Vormundschaftsbehörde befragen zu müssen; ebenso war aber, mindestens bei den unteren Ständen, der factische bedeutende Einfluß der Obrigkeit auf die Verwaltung des Mündelgutes aufrechterhalten worden, und es sollte derselbe in dem 18. Jahrhunderte mit Kraft durchschlagen.

c) Im 18. Jahrhunderte bis zum Josefinischen Gesetzbuche.

Auf die Entwickelung des Vormundschaftswesens überhaupt und auf die Verwaltung des Waisenvermögens insbesondere war die Ausbildung des Institutes der Verlassenschaftsabhandlung von erheblichstem Einfluße.

Eben im 18. Jahrhunderte hatte sich diese officiöse Gestion so recht befestigt, welche dahin ging, daß das Gericht die Gläubiger, Legatare und Pflichttheilsnehmer eines Verstorbenen von Amtswegen zu erheben, für deren Befriedigung zu sorgen, und erst den reinen Erbschaftsrest — deducto aere alieno — nach Aufhebung der reell oder symbolisch angelegten Nachlaßsperre, dem Erben zu überantworten hatte[1]).

Da nun der Beginn der Vormundschaft regelmäßig mit dem Beginne einer Verlassenschaftsabhandlung zusammenfiel, so war es ganz begreiflich, daß die officiöse Gestion sich immer mehr auf das Vormundschaftsrecht ausdehnte, und daß die Vermögensverwaltung des Vormundes durch die Ingerenz der Gerichte immer mehr bestimmt werden mußte, so daß schließlich ein freies, selbstthätiges Handeln des Vormundes ganz ausgeschlossen blieb.

1. Zunächst bewahrheitet sich diese unsere Behauptung schon in Ansehung der Ermittlung und Sicherstellung des Mündelvermögens.

War es bis zu der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 und auch noch nach derselben des Vormundes Pflicht, des überlebenden Ehegatten Abfertigung zu bewirken und die Erbtheilung unter mehreren Miterben zu betreiben, so trat nunmehr an Stelle des Vormundes in dieser Beziehung das Gericht und vertheilte den Nachlaß des Erblassers von Amtswegen.

Das erste Gesetz, welches sich deutlich in dieser Beziehung aussprach, war die Reform der Wiener Pupillen-Raitkammer

[1]) Unger's Verlassenschaftsabhandlung, Wien 1863; dann Chorinsky a. a. O., S. 20—74.

vom 29. April 1715[2]); nach diesem Gesetze hatte der Stadtrath zu sorgen, daß namentlich dann, wenn es auf die Abfertigung überlebender Eltern ankomme, dem Pupillen zur Abhandlung geschickte und wohlerfahrene curatores ad actum bestellt werden; der Stadtrath hatte sowohl im Falle einer testamentarischen als einer Intestaterbschaft der Pupillen, wie auch dann, wenn denselben die legitima in quanto et quali per modum legati specifice ausgeworfen worden war[3]), ex officio nobili zu inquiriren, ob nicht die Gefahr einer Pflichttheilsverletzung vorhanden sei; er hatte in diesem Falle wie auch dann, wenn ein concursus creditorum zu besorgen war, die Sperre stracks rigorose zu bestellen und jede Veräußerung der Nachlaßgüter entweder zu verbieten oder doch nur mit einem „sicheren remedio provisionali" zu gestatten; er hatte endlich alle Originaldocumente bei der Pupillen-Raitkammer aufzubewahren und es durften den Vormündern blos Abschriften von denselben in Händen belassen werden.

In dem im Codex austriacus unter dem Schlagworte „Cridahandlung" aufgenommenen Gesetze vom 5. August 1734[4])

[2]) Codex austr., Suppl.-Bd. I, S. 787.

[3]) Die officiöse Ueberwachung der Pflichttheilsbemessung der Pupillen erklärt sich in Oesterreich leicht daraus, daß in Oesterreich, im bewußten Gegensatze zum gemeinen Rechte, stets nur ein quantitatives Pflichttheilserbrecht und niemals ein Anspruch der Notherben auf Erbseinsetzung anerkannt worden war. Die Hauptstelle bildet diesfalls Walther's Tractatus aureus, Tract. II, cap. XI, S. 954. Daselbst heißt es: „Wiewohl die Rechte vermögen, daß die Legitima denen Kindern nicht per modum Legati et Fideicommissi, sondern per modum Institutionis durch die Eltern verschafft werden solle, so wird doch solcher Unterschied dem Landtsbrauch nach nicht gehalten, sondern wie und was ein Geschäfftiger seinen Kindern als die Legitima verordnet, daran seynd sie sich ersättigen zu lassen schuldig." Uebereinstimmend hiemit die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, III. Buch, 19. Titel, Fol. 229v; die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, IV. Theil, 17. Titel, S. 669. Vergl. auch den von Suttinger unter dem Schlagworte „Legitima", „Quid sit Legitima de consuetudine", S. 441, und den S. 442 angeführten Grundsatz: „Kinder können das Väterliche Testament ob non integram Legitimam relictam nicht umstoßen, sondern allein ad supplementum agiren" (Entscheidungen vom 1. August 1661 und vom 2. Jänner 1595). Vergl. auch Bossius, S. 157: „Id quod jure romano querelae inofficiosi locum facit, si nempe parentes a liberis et hi a parentibus, a matre scilicet aut avo materno heredes instituti non sint, perinde a nobis non observatur. Si modo aliquid liberis aut parentibus, quocumque etiam titulo, relictum sit, querela cessat; id quod portioni legitimae deest, condictione consequuntur", und S. 319: „Legitimam titulo legati recte liberis relinqui §. 310 diximus"; ebenso Donner II, S. 94. Trotzdem finden sich im österreichischem Rechte auch Stellen, welche behaupten, daß die Kinder nicht schuldig waren, ihre Legitima in baarem Gelde anzunehmen, sondern daß sie verlangen konnten, an den Verlassenschaftsgegenständen selbst einen Antheil zu erhalten. (S. Weingärtler, S. 128 u. ff.; Beckmann unter dem Schlagworte „Legitima", S. 275 und namentlich Finsterwalder Lib. IV, Obs. XLII, S. 295, und die daselbst angeführten Stellen aus Walther's Manuscripten.)

[4]) Codex austr., Suppl.-Bd. II, S. 853.

war weiter bestimmt worden, „daß die Obrigkeiten bei den Verlassenschaften für die Sicherheit der Pupillen vor Eröffnung der Nachlaßsperre von Amtswegen zu sorgen haben", und in dem Gesetze über die Legate vom 12. April 1737[5]) war den Gerichten aufgetragen worden, von Amtswegen über die Sicherheit der Legatare zu wachen, welche Verfügung namentlich in Ansehung pflegebefohlener Legatare sorgfältig beobachtet wurde.

Den wesentlichsten Einfluß auf die erhöhte Thätigkeit der Vormundschaftsbehörden übten aber die Landtafelpatente, welche für Oberösterreich am 3. October 1754[6]), und für Niederösterreich am 24. November 1758[7]) erlassen worden waren, und endlich das Gesetz „über Fürmerkbücher-Einführung bei den Grundbüchern vom 1. September 1765"[8]).

Die genannten Landtafelpatente hatten ausdrücklich bestimmt, daß die Richter für die Sicherheit des den minderjährigen Kindern oder Pupillen angefallenen Väter-, Mütter- oder sonstigen Vermögens von Amtswegen sorgen und bei den Abhandlungen die Sperre nicht eher abthun sollen, als bis die Sicherheit hergestellt sei, widrigenfalls die Gerichte für allen Schaden zu haften schuldig sein sollten; es bestimmten diese Gesetze weiter, daß, wenn sich ein Minderjähriger vereheliche, die Richter von Amtswegen „der Vormerkung halber" die nöthige Vorsorge zu thun hätten, und daß das insbesondere auch dann zu geschehen habe, wenn der Vater oder die Mutter minderjähriger Kinder zu einer neuen Ehe schritten und etwas von dem Vermögen der Pupillen noch in Händen hatten; es bestimmten endlich diese Gesetze, daß der Richter drei Monate nach Ablauf des Verwaltungsjahres die Vormundschaftsrechnungen abzufordern und nach deren Ergebnisse von Amtswegen für die Sicherheit der Pupillen zu sorgen habe[9]).

Ganz gleiche Bestimmungen enthielt das Fürmerkungspatent in Ansehung der Waisen jener Städe und Märkte, welche eine eigene Gerichtsbarkeit besaßen[10]).

Mittlerweile hatte die Verwirrung, welche eben auf dem Gebiete der Verlassenschaftsabhandlung bei den Gerichten entstanden war, die Regierung veranlaßt, am 15. Mai 1760 eine eigene Abhandlungscommission zu errichten[11]), und im Zusammenhange mit dieser Verfügung erließen die n. ö. Regierung am 31. Jänner 1760 und die o. ö. Landeshauptmannschaft am 17. Mai

---

[5]) Codex austr., Suppl. Bd. II, S. 920.
[6]) Ebenda, Suppl.-Bd. III, S. 897.
[7]) Ebenda, S. 1282.
[8]) Ebenda, Suppl.-Bd. IV, S. 748.
[9]) Ebenda, Suppl.-Bd. VI, S. 901 und 1287.
[10]) Ebenda, Suppl. Bd. IV, S. 752.
[11]) Lucca, Justizcodex, III. Bd., S. 701.

1760 Edicte über das Verfahren in Verlassenschaften, welche die officiöse Gestion der Gerichte nur noch erweiterten und die Sicherstellung des Waisenvermögens in erster Linie der Obsorge der Gerichte — und nicht der des Vormundes — auflasteten.

Unter solchen Umständen kann es daher auch nicht mehr befremden, daß dem Vormunde das Recht, das Geld, die Pretiosen und die Schuldscheine des Mündels zu verwahren, entzogen und die Depositirung und gerichtliche Aufbewahrung dieser wesentlichen Bestandtheile des Mündelvermögens angebahnt wurde, zu welcher allgemeinen Verfügung indessen erst Kaiser Josef geschritten ist.

Die Schriftsteller dieser Periode bestätigen die eben von uns aufgestellten Behauptungen; Banniza namentlich kennt nur mehr Vormünder, welche an Stelle der Obervormundschaft das Waisenvermögen verwalten, und Grenek, welcher die Verlassenschaftsabhandlung am Lande darstellt, spricht fast immer nur von den Fürsorge der Gerichte über das Waisen- und Mündelvermögen.

2. Die Bestimmungen über die Veräußerungen des Mündelvermögens sind in dieser Periode vielfach dieselben wie in der Gerhabschaftsordnung geblieben; doch kann nicht unbemerkt gelassen werden, daß nach der Pupillen-Raitkammer-Reformation selbst der Verkauf unbeweglicher Mündelgüter in das Ermessen der Obrigkeit — wenn solches für die Pupillen nützlicher wäre — gestellt wurde, und daß die Verbindlichkeiten und die denselben nothwendigerweise entsprechenden Befugnisse der Abhandlungsinstanzen dahin führen mußten, dem Gerichte eine freie Schaltung mit dem Mündelvermögen zu gestatten, da ja die Gläubiger, Legatare und Notherben von Amtswegen befriedigt werden sollten, zu welchem Zwecke ein freies Verfügungsrecht der Abhandlungsgerichte mit den Erbschaftsgütern erforderlich war.

3. Viel erheblicher waren die Anordnungen der Gesetze des 18. Jahrhunderts über die Anlage des Mündelvermögens.

Hier muß nun aber zwischen den Waisen der oberen Stände und der Städtebürger einerseits und den Waisen der Unterthanen andererseits strenge unterschieden werden.

Auch hier hatte die Pupillen-Raitkammer-Reformation den Weg vorgezeichnet, indem sie bestimmte, „daß der Pupillen Erbtheil und Vermögen, es möge in so kleinen Posten bestehen, als es immer wolle, nicht feiernd gelassen, sondern so gut als möglich verinterißirt, zu dem Ende bei gemeiner Stadt Ober-Cammer-Amte, wenn allda verschiedene solche kleine Posten anliegen, solche in eine Summam zusammengeschlagen, davon das gewöhnliche Interesse gereichet und über solche Posten, sowohl bei dem gedachten Ober-Cammer-Amte, als auch bei der Pupillen-Rait-Cammer, ein ordentliches Protokoll, wem dieselben zugehören, gehalten, und auch die eingehenden Interessen bei erwähnter Pupillen-

Rait-Cammer unter die Parteien pro rata portionum ausgetheilet werden sollen“ [12]).

Donner bezieht ein Patent vom 21. Februar 1760 — confirmirt am 2. Mai 1771 —, durch welches befohlen wurde, die Pupillengelder bei öffentlichen Gründen (das ist, wo der Staat Schuldner ist, unter welchen auch die Landstände und das Oberkammeramt gezählt wurden) anzulegen [13]), und der Codex austriacus enthält auch eine Verordnung vom 26. Jänner 1760 [14]), welche bemerkt, daß schon wiederholt befohlen worden sei, daß nicht nur die bei Privaten erliegenden Stiftungscapitalien, sondern auch die Pupillengelder eingebracht und ad fundos publicos angelegt werden sollen, sowie daß die Stiftungen und Pupillen bei Rückzahlung der Darlehen die genannten Obligationen als reell, mithin nach ihrem Nennwerthe, anzunehmen schuldig seien, welch' letztere Verordnung erst mit der Verordnung vom 4. Februar 1762 wieder aufgehoben wurde [15]).

Am 3. November 1761 wurden die erlassenenen Verfügungen dahin gemildert, daß die Pupillengelder, welche schon bei Privaten angelegt waren, nicht aufgekündigt zu werden brauchten [16]), wenn sie anders eine ungefährdete Sicherheit gewährten, und Vossius bezieht außerdem noch die zwei Verordnungen vom 22. April 1761 und 18. April 1767, nach welchen es neben der Anlegung der Pupillengelder auf öffentliche Gründe gestattet war, dieselben an Private auszuleihen, wenn den Pupillengeldern der erste Satz eingeräumt wurde [17]).

Nach Donner's Zeugnisse konnten die Obrigkeiten gemäß einer Resolution vom 16. Juli 1774 von der Verpflichtung, die Pupillengelder bei öffentlichen Gründen anzulegen, dispensiren; nur mußten sie es unentgeltlich thun und sollte das Unterpfand eines Privatmannes das geliehene Capital um die Hälfte an Werth übersteigen [18]).

Eine Verordnung vom 20. August 1761 [19]), welche Vossius überliefert, und die im Codex austriacus enthaltene Verordnung vom 28. Jänner 1765 [20]) gestatteten außerdem, daß eine Handlung, welche von dem Erblasser geführt worden war, im Interesse der Pupillen fortgeführt werde, so lange die Obervormundschaft den lucrativen Geschäftsbetrieb aus den vorgelegten Rechnungen

[12]) Codex austr., Suppl.-Bd. I, S. 788.
[13]) Donner, I. Bd., S. 21.
[14]) Codex austr., Suppl.-Bd. IV, S. 81.
[15]) Ebenda, S. 272.
[16]) Ebenda, S. 242.
[17]) Vossius, S. 499.
[18]) Donner, I. Bd., S. 21.
[19]) Vossius, S. 499.
[20]) Codex austr., Suppl.-Bd. IV, S. 669.

erkenne, während allerdings in allen anderen Beziehungen das Ermessen des Vormundes und selbst der Vormundschaftsbehörde bei der Anlage von Waisengeldern bedeutend beschränkt worden war.

Was die Gelder der unterthänigen Waisen betraf, so wurde die Bestimmung der Gerhabschaftsordnung, daß die Obrigkeiten keine Pupillengelder an sich ziehen sollen, nach dem Zeugnisse Donner's, in keiner Weise mehr beobachtet sondern im Gegentheile die Anlage des Waisenvermögens bei den Obrigkeiten noch immer fortgesetzt.

Die Gesetzgebung selbst befreundete sich mit der Zeit mit der verbotenen Geldanlage und begnügte sich damit, den Pupillen nicht von Fall zu Fall, sondern im Vorhinein eine Sicherheit im Vermögen der Obervormundschaften zu erwirken.

Das oberösterreichische Landtafelgesetz vom 3. October 1754, und noch deutlicher das niederösterreichische Gesetz vom 24. November 1758 hatten nämlich in dieser Beziehung die sogenannte Octava — an Stelle der in der Gerhabschaftsordnung vorgeschriebenen speziellen satzweisen Verpfändung der Güter — eingeführt und bestimmt, „daß, um den Pupillengeldern der Unterthanen und ebenso den Depositen- und Wehrungsgeldern die erforderliche Sicherheit zu verschaffen, der achte Theil des Werthes der herrschaftlichen Güter zu derselben Sicherheit nicht nur für beständig vorgemerkt, sondern daß auch eine genaue Specification eingereicht, und wenn sich daraus ergeben würde, daß der Betrag der Pupillen-, Depositen- und Wehrungs-Gelder den achten Theil des Werthes der Güter übersteigen würde, das super plus gleichmäßig vorgemerkt und insolange, bis selbe getilgt sei, haftbar bleiben solle“ [21]).

Hervorzuheben ist nur noch, daß durch das Interessesteuerpatent vom 1. Mai 1766 der Zinsfuß des Capitals auf 4 Procent herabgesetzt wurde [22]), daher die Mündelgelder auch nunmehr nach diesem Zinsfuße verzinst wurden.

d) Nach der Josefinischen Gesetzgebung.

Durch alle im letzten Capitel aufgezählten Veränderungen fand sich die Josefinische Gesetzgebung zu den Reformen vorbereitet, welche dieselbe nunmehr auf einer einheitlichen, geschlossenen Grundlage durchzuführen sich entschloß.

Die Absonderung des Pupillarvermögens und dessen Sicherstellung war dem Vormunde weggenommen und dem Gerichte übergeben worden; die Verlassenschaftssperre bot den besten Anlaß, die werthvollen, leicht enttragbaren Bestandtheile des Mündelvermögens in gerichtliche Verwahrung zu nehmen; dem Vormunde

---

[21]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 902 und 1288.
[22]) Ebenda, Suppl.-Bd. IV, S. 796.

war das Recht benommen worden, das Mündelgeld zum Ankaufe unbeweglicher Güter und zur Anlegung auf Zinsen nach seinem Ermessen zu verwenden; die Art der Fructificirung des Mündelvermögens war allgemein gesetzlich vorgeschrieben worden und sollte fortan in Anlagewerthen erfolgen, welche unter der directen Oberaufsicht der Obervormundschaft standen; denn schließlich war es ja dahin gekommen, daß die Obrigkeit als Obervormundschaft die Waisengelder der Unterthanen zu sich nahm, daß die Pupillengelder der Wiener Bürger bei der Pupillen-Raitkammer deponirt wurden, und daß bei den oberen Ständen und bei anderen Personen, in Ansehung deren landesfürstliche Gerichte die Obervormundschaft führten, die Anlage in öffentlichen Fonds-, in Staats-, beziehungsweise Landesobligationen erfolgen mußte.

Vom Vormunde war auf diese Weise jedwede eigene Administration genommen worden; er fungirte thatsächlich nur als Diener und Bestellter der Vormundschaftsbehörde, welche nicht mehr blos die Ueberschreitungen positiver Verbote durch den Vormund zu hindern, sondern demselben vielmehr auch gegen seinen Willen die bestimmte Art der Anlage und Sicherstellung des Waisenvermögens vorzuschreiben hatte; das Recht der unteren Stände — welches seit langer Zeit schon eine directe Administration des Waisenvermögens durch die Obrigkeiten gekannt hatte — war in der That auf sämmtliche Staatsangehörige ausgedehnt worden, und die bureaukratische Ausübung des vormundschaftlichen Schutzes hatte jede freie Regung des Vormundes unmöglich gemacht.

Das erste Gesetz Kaiser Josef's II., welches sich in umfassender Weise mit der Verwaltung des Waisenvermögens beschäftigte, war die Gerichtsinstruction vom 9. September 1785, und das zweite das Josefinische bürgerliche Gesetzbuch.

Die erwähnte Gerichtsinstruction enthielt zuerst schon die Anweisung an die Gerichte, daß das Vermögen der Pupillen genau zu erheben, und daß dabei zu sorgen sei, daß es nach Vorschrift der Gesetze sichergestellt, die Schuldbriefe und Pretiosen aber sogleich in gerichtliche Verwahrung gegeben werden[1]).

Zu diesem Ende brauchte der Vormund das Inventarium nicht mehr anzusuchen, sondern es wurde dasselbe von Amtswegen aufgenommen[2]); ebenso hatte das Gericht nunmehr von Amtswegen für die Berichtigung der den Pupillen und Curanden aus einer Erbschaft etwa angefallenen Vermächtnisse zu sorgen

---

[1]) Gerichtsinstruction vom 9. September 1785, Nr. 464 J. G. S. II. Abschnitt, VI. Hauptstück, §. 48.

[2]) Ebenda, V. Hauptstück, §. 34.

und zu diesem Ende den Vormund, und bei auswärtigen, minderjährigen Legataren die betreffende Pflegschaftsbehörde zu verständigen [3]).

Die Bestimmungen des Josefinischen Gesetzbuches selbst über die Administration des Mündelvermögens waren noch viel eigenthümlicher; sie begnügten sich im Allgemeinen damit, festzusetzen, was der Vormund selbst mit dem Vermögen des Mündels im eigenen Wirkungskreise thun dürfe und thun solle; sie zeichneten auch eine Grenze vor, über welche hinaus ein Handeln des Vormundes an die Intervention der Vormundschaftsbehörde gebunden war, dagegen unterließen sie es vielfach auch, *das Ermessen der Vormundschaftsbehörden selbst* an bestimmte Regeln zu binden, so daß dieselben namentlich ihre Rechte und Befugnisse zum Verkaufe des Mündelgutes und zur Anlage der Mündelcapitalien nicht aus diesem Gesetze, sondern aus speciellen Verordnungen entnehmen mußten; es war eben damals die Ansicht der Gesetzgebung, daß die Codification des Privatrechtes dort innezuhalten habe, wo es sich um die Limitirung der Machtbefugnisse der Behörden handle, und daß dieser Gegenstand der Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorbehalten bleiben solle, welche in keiner Weise mit dem Privatrechte zu vermengen sei.

Die Beschreibung des Mündelvermögens wurde ausdrücklich dem Vormundschaftsgerichte reservirt [4]), soferne nicht Güter, welche in anderen Provinzen lagen, zum Waisenvermögen gehörten [5]); des Vormundes Gegenwart bei der Inventur war nur mehr gestattet, nicht mehr geboten; ebenso wurden ihm die werthvollen, leicht vertragbaren Vermögensbestandtheile nicht mehr in Händen belassen, sondern es wurde vorgeschrieben, daß alle dem Waisen gehörigen Schuldbriefe, Quittungen und andere Urkunden, wie auch Juwelen und Kostbarkeiten in gerichtliche Verwahrung genommen, von den Urkunden dem Vormunde Verzeichnisse und Abschriften mitgetheilt, die Urschriften selbst aber nur dann eingehändigt werden sollen, wenn es die Umstände fordern [6]).

Außerdem war in Ansehung des beweglichen Mündelvermögens nur noch vorgesehen, daß Dasjenige, was als ein besonderes Denkmal bei der Familie zu bewahren, oder dessen Aufbewahrung durch letztwillige oder andere Anordnungen anbefohlen worden war, oder was den Waisen in der Folge nützlich sein konnte und nicht leicht wieder zu haben war, nicht veräußert werden, und daß hierüber bei entstehenden Zweifeln die Vormundschaftsbehörde entscheiden solle [7]).

---

[3]) Gerichtsinstruction v. 9. Sept. 1785, II. Absch., VI. Hauptst., §. 43.
[4]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 44.
[5]) Ebenda.
[6]) Ebenda, §. 69.
[7]) Ebenda, §. 66.

Alles, sowohl was aufzubehalten und was zu veräußern befunden wurde, mußte gerichtlich geschätzt und die Preise den gerichtlichen Beschreibungen beigefügt werden; nur wenn die Schätzung mit großem Aufwande verbunden war, durfte sie bis zur Erbtheilung oder Veräußerung verschoben werden[8]).

Der aufzubewahrende Theil des Mündelvermögens sollte — woferne er nicht gerichtlich zu erlegen war — entweder dem Vormunde eingehändigt oder an einem sicheren Orte hinterlegt werden; das übrige bewegliche Vermögen sollte dagegen entweder da, wo es befindlich war oder wo es am besten verkauft werden konnte, durch gerichtliche Feilbietung baldmöglichst veräußert werden, außer wenn es Sachen betraf, welche mit der Zeit bessere Käufer finden konnten, oder bei denen man anzunehmen berechtigt war, daß sie durch längere Aufbewahrung im Werthe steigen werden. Blieb bei der gerichtlichen Feilbietung ein Gegenstand ohne Käufer liegen, so durfte dem Vormunde dessen Verkauf allenfalls auch unter dem Schätzungspreise überlassen werden[9]).

In Ansehung der nutzbaren Gelder und der weiter eingehenden Ersparnisse war es des Vormundes Pflicht, dieselben verzinslich anzulegen; das Gesetz selbst bestimmte nicht weiter die Art dieser Anlage — welche vielmehr durch Specialverordnungen geregelt war —, sondern begnügte sich, nur noch hinzuzufügen, daß die Tilgung der Waisenschulden, die Befreiung des Waisenvermögens von darauf lastenden Haftungen, die Melioriation der Waisengüter und anderweitige erträgliche Fructificirungen der verzinslichen Anlage des Mündelvermögens vorzuziehen seien[10]).

Außerdem war nur noch befohlen worden, daß, wenn in einem Schuldbriefe den Waisen ein Unterpfand verschrieben, aber noch nicht vorgemerkt worden war, der Vormund für dessen Vormerkung zu sorgen habe, daß wenn kein Unterpfand verschrieben, er ein solches begehren und im Weigerungsfalle die Forderung eintreiben solle; daß endlich der Vormund unverbriefte Ausstände und Forderungen auch ohne besondere Verwilligung selbst erheben und, wenn sie streitig waren, dieselben berichtigen durfte[11]).

Capitalien, die der Vormund — mit gerichtlicher Bewilligung — aufgekündigt hatte, oder die ihm aufgekündigt worden waren, mußte er, wenn eine andere Verwendung nicht vortheilhafter war, neuerdings sicher anlegen, und wenn er keinen Ort finden konnte, diesen Umstand vier Wochen vor der Zahlungszeit der Behörde anzeigen, welche dann entweder das Capital durch

---

[8]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 67.
[9]) Ebenda, §. 68.
[10]) Ebenda, §. 73.
[11]) Ebenda, §. 72.

öffentliche Kundmachung auszubieten oder auf andere Weise Vorsorge zu treffen hatte [12]).

Zur Erhebung eines einzuzahlenden Capitales benöthigte endlich der Vormund einer Verordnung der Vormundschaftsbehörde, und es durfte eine ohne diese Verordnung ausgestellte Quittung von keinem Gerichte angenommen, auch dem Vormunde das Capital von dem Schuldner nicht anders als auf eigene Gefahr ausgezahlt, sondern es mußte auf Unkosten des Vormundes zu Gerichtshanden erlegt werden [13]).

Alle diese vereinzelten Bestimmungen erhielten aber die erforderliche Determinirung erst durch den an die Spitze gestellten Grundsatz, daß nur minder beträchtliche Vormundschaftsgeschäfte vom Vormunde auch ohne Einwilligung der Behörde geschlossen werden durften, daß aber Geschäfte von größerer Wichtigkeit ganz und gar ungiltig seien, wenn die Einwilligung der Behörde dazu nicht eingeholt worden war [14]).

Auffallend bleibt es, daß die Bedingungen, unter welchen liegende Güter veräußert werden durften, nicht mehr angegeben wurden; die Behörde selbst hatte hier nunmehr ganz freie Hand; sie konnte dieselben auch gegen den Willen des Vormundes veräußern, und war hiebei nicht mehr an die Voraussetzungen einer wahren Nothlage oder eines klaren und überwiegenden Vortheiles der Pupillen gebunden.

Die Bestimmungen des Josefinischen Gesetzbuches — wie wir sie bisher vorgetragen haben — konnten mit Recht den Zweifel erregen, ob denn die früheren Verordnungen, welche die Anlage des Waisenvermögens in die öffentlichen Fonds anbefohlen hatten, aufgehoben worden seien, und in der That sind diese Zweifel entstanden und haben offenbar Anfragen der Gerichte an die Hofstelle stattgefunden.

Es erfloß denn auch schon am 2. Jänner 1787, Nr. 610 J. G. S., das erläuternde Hofdecret, welches verfügte, daß durch die §§. 70 und 73 des fünften Hauptstückes im ersten Theile des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches die früheren höchsten Resolutionen wegen Hinterlegung des sämmtlichen Waisenvermögens in die öffentlichen Fonds keineswegs aufgehoben worden seien, und daß es keinem Vormunde freistehe, solches Waisenvermögen auch an Particuliers zur Nutznießung hintanzugeben; nur das bei Privaten auf dem flachen Lande anliegende Waisenvermögen sollte von dieser Verfügung in Hinkunft ausgenommen sein.

Diese merkwürdige Erläuterung — welche zwei Monate

[12]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 70.
[13]) Ebenda, §. 71.
[14]) Ebenda, §. 65.

nach dem Gesetze sich mit diesem selbst in so grellem Widerspruche stellte — erklärt sich lediglich aus dem von uns angegebenen Grunde, daß die Anlage des Waisenvermögens selbst durchaus nicht als Gegenstand des allgemeinen Privatrechtes, sondern lediglich als Object der freiwilligen Gerichtsbarkeit angesehen wurde, und daß die Josefinische Gesetzgebung es überhaupt häufig vorzog, Principien in allgemeinen Gesetzen zu promulgiren, welche durch baldige, an die Beamten erlassene Verordnungen einem anderweitigen Verständnisse zugeführt werden sollten.

So scheint denn auch hier mit Absicht der fiscalische Gesichtspunkt bei der Anlage des Mündelvermögens aus dem Gesetze hinweggeblieben zu sein, da man im Verordnungswege den gleichen Zweck, und ohne die allgemeine Aufmerksamkeit auf diesen Punkt zu lenken, erreichen zu können, sicher war.

Weitaus schärfer sprach sich in der gleichen Richtung vier Monate später das Gesetz vom 18. Mai 1787, Nr. 678 J. G. S., aus; nach diesem Gesetze durften nicht blos alle künftig entstehenden geistlichen und weltlichen Stiftungs-, Kirchen-, Bruderschafts- und Waisengelder nur in öffentlichen Fonds angelegt werden, sondern es sollten alle schon dermalen von Obrigkeiten, Unterthanen oder von Privaten mit oder ohne Hypothek bereits ausgeliehenen Gelder von der oberwähnten Gattung aufgekündigt und zur Zahlung eingetrieben werden, von welcher Verfügung abermals nur die Waisengelder auf dem flachen Lande ausgenommen wurden.

Die Rückzahlung der bei Privaten anliegenden Pupillencapitalien mußte sogleich betrieben werden, wenn die erforderliche Sicherheit der Privathypothek nicht zu erlangen war; wenn jedoch eine solche Sicherheit bestand, waren die bedungenen, bewilligten oder richterlicherseits zuerkannten Zahlungsraten einzuhalten, und nur, im Falle keine Zahlungsraten festgesetzt worden waren, war ein Termin von 5, rücksichtlich 10 Jahre festgesetzt worden, innerhalb dessen die Zurückzahlung erfolgen mußte.

Damit den Privatschuldnern aber eine solche Zufristung gewährt werden konnte, mußten sie die Sicherheit in der Art ausweisen, daß das auf einem Hause vorgemerkte Capital die erste Hälfte, und das auf Landgütern und Gründen haftende Capital die ersten zwei Dritttheile des wahren Werthes der zum Unterpfande bestellten Realität nicht überschritt.

Endlich war noch mit dem Hofdecrete vom 17. August 1787, Nr. 709 J. G. S., unter Anderem bestimmt worden, daß der Pflichttheil, den ein Erblasser seinen Notherben hinterließ, nicht mit dem Verbote, denselben in öffentlichen Fonds anzulegen, belastet werden durfte; daß nur dann, wenn den Waisen ein

Betrag über den Pflichttheil mit der Bedingung vermacht wurde, daß der ganze Betrag zum Ankaufe einer Realität zu verwenden sei, diese Bestimmung beobachtet werden mußte; daß ferner dasjenige, was von einem freien Eigenthume aus freiem Willen einem Pupillen zugewendet wurde mit dem Bedingnisse, daß dafür Realitäten angekauft werden sollen, belegt werden konnte, daß dagegen die Bedingung, das Vermögen überhaupt bei Privaten anzulegen, als nicht beigesetzt angesehen wurde.

Zum Schlusse muß noch hervorgehoben werden, daß nach den beiden zuletztgenannten Hofdecreten dasjenige Capital eines Waisen, welches schon bei dem Erblasser in einer Handlung oder Fabrik angelegt war, nicht aufgekündigt zu werden brauchte, daß es aber auch nicht aus dem Vermögen des Mündels vermehrt werden durfte, indem auch in diesem Falle alles Geld und alle Activforderungen desselben in öffentlichen Fonds angelegt werden mußten.

Durch diese nachträglichen Verordnungen zum Josefinischen Gesetzbuche, welche innerhalb eines Jahres nach dessen Promulgirung erlassen wurden und nur dasjenige ergänzen sollten, was im Gesetze selbst absichtlich dunkel gelassen worden war, war dem Bevormundungssysteme des Vormundes der Schlußstein eingefügt worden.

Das Waisenvermögen durfte regelmäßig nicht mehr zum Ankaufe unbeweglicher Güter verwendet werden; der Verkauf der letzteren unterlag gar keinen materiell-rechtlichen Beschränkungen, sondern nur mehr dem Ermessen der Vormundschaftsbehörde; alles eingehende Geld mußte in Obligationen angelegt werden, oder es wurde von den Grundherren am Lande zu leihen genommen; die Obligationen lagen in gerichtlicher Verwahrung und der Vormund hatte keine irgendwie eingeräumte Macht, das Vermögen seines Mündels auf eine ersprießlichere Art zu verwenden.

Ebenso wie die richterliche Bestellung des Vormundes von allen Delationsgründen nahezu allein praktisch übriggeblieben war, ebenso war auch die freie Bewegung des Vormundes auf dem Gebiete der Vermögensverwaltung aufgehoben und beseitigt worden; die Obervormundschaft verwahrte und verwaltete allein das Waisenvermögen und — wie wir schon an mehreren Stellen hervorgehoben haben — es war jenes Recht auf alle, auch auf die höheren Stände ausgedehnt worden, welches wir im 16. und 17. Jahrhunderte nur bei den Waisen der Halbfreien und der Unterthanen gefunden haben.

VIII. Capitel.

Vormundschaftsrechnung und Waisenbuch.

1. Einleitung.

Die Aenderungen, welche vom 16. bis zum Ende des 18. Jahrhundertes in der Vertretung des Mündels und in der Verwaltung des Vermögens durch den Vormund stattgefunden hatten, mußten sich natürlicherweise in den jedesmaligen Vorschriften über die Rechnungsleg ung des Vormundes abspiegeln.

Es ist zwar allerdings wahr, daß in Niederösterreich schon im 16. Jahrhunderte das Gericht allein über die Genehmigung oder Nichtgenehmigung der vom Vormunde gelegten Rechnung zu entscheiden hatte, aber andererseits darf denn doch auch nicht vergessen werden, daß noch im 17. Jahrhunderte der Familie und den Verwandten des Mündels ein bedeutender Einfluß auf die Prüfung und Bemänglung der Rechnung gewahrt worden war.

Solange die Administration im Wesentlichen in den Händen des Vormundes gelegen war und der Einfluß der Obervormundschaft noch nicht jede selbstständige Thätigkeit des Vormundes ausgeschlossen hatte, ergab sich zwischen dem Vormunde einerseits und jenen Personen, welche die Rechnung zu prüfen und zu bemängeln das Recht hatten — dem großjährig gewordenen Mündel, den Verwandten desselben und eigens zu diesem Behufe bestellten Personen (Raithändlern) — andererseits von selbst ein Verhältniß, welches der Parteienstellung in einem Rechnungsprocesse entweder vollkommen gleich oder doch zum Mindesten sehr ähnlich war; die zur Prüfung berufenen Personen hatten die Rechnung zu genehmigen oder zu bemängeln; in letzterem Falle folgten auf die Mängel die Erläuterungen, hierauf die Supermängel und Supererläuterungen, und am Schlusse des Verfahrens entschied die Vormundschaftsbehörde für oder gegen die Rechnungslage, für oder gegen die Richtigkeit der vom Vormunde gelegten Rechnung.

Das Parteienverhältniß mußte aus der Rechnungslegung schwinden, sobald der Einfluß der Familie oder eines Pflegschaftsrathes in der Vormundschaft verblaßt war; da auch der Vormund zum bloßen Bestellten, zum Executivorgane der Obervormundschaft geworden war, so ermangelte es der Möglichkeit, ein Parteienverhältniß bei der Rechnungslegung herzustellen; die Prüfung der Vormundschaftsrechnung erfolgte ganz so, wie die Buchhaltungen und Controlbehörden es in Ansehung der anderen Rechnungen gewohnt waren, und die Vormundschaftsbehörde entschied nur mehr im administrativen Wege.

Zu dieser Aenderung der Rechnungslegung trug aber noch ein anderer Umstand wesentlich bei.

Solange die Administration des Mündelvermögens — wenige Punkte ausgenommen — allein in den Händen des Vormundes ruhte, hatte die Obervormundschaft kein wesentliches Interesse daran, daß der Vormund das Absolutorium erhielt; sie konnte ruhig aussprechen und erkennen, daß diese und jene Mängel bestehen, daß der Vormund diesen und jenen Ersatz leisten müsse; denn die actio subsidiaria gegen die Obervormundschaft griff ja nur Platz, wenn ein Verschulden der Behörde vorlag, und es lag damals noch sehr ferne, ein Verschulden des Vormundes mit dem der Obervormundschaft zu verwechseln.

Als aber jede nicht ganz unbedeutende Handlung des Vormundes an die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde geknüpft worden war, da kam die Behörde in die Lage, bei der Prüfung und Erledigung der Rechnung ihre eigenen Handlungen und Genehmigungen neuerdings zu beurtheilen; da mußte ihr daran gelegen sein, daß der Vormund auch das Absolutorium erhalte, und daß der großjährig gewordene Pupille das Absolutorium auch auf die Vormundschaftsbehörde ausdehne, damit sie vor der nunmehr sehr erweiterten actio subsidiaria sicher sei.

Es mußte der Obervormundschaft daran gelegen sein, durch eine administrative Rechnungsprüfung jede Klage aus dem vormundschaftlichen Verhältnisse abzuschneiden, da ja die actio tutelae directa die regelmäßige Bedingung der actio subsidiaria war.

So half denn die administrative Prüfung und Richtigstellung der Vormundschaftsrechnung nicht blos dazu, aus diesem Geschäfte alle jene Bestandtheile zu eliminiren, welche an einen Rechnungsproceß erinnern konnten, sondern sie diente auch dazu, um allmälig alle privatrechtlichen Klagen aus dem Vormundschaftsverhältnisse aus dem praktischen Rechtsleben zu verdrängen, und die actiones tutelae directa et contraria ebensosehr durch einen administrativen Vorgang zu ersetzen, wie die Verlassenschaftsabhandlung und die ämtliche Zuweisung des Nachlasses an die Erben die alten, guten Formen der Erbtheilung, welche das alte österreichische Recht überliefert und erhalten hatte, allmälig aufgezehrt hatten.

Um in den Details sicher zu gehen, erscheint auch hier ein Rückblick auf das gemeine römische und deutsche Recht geboten.

2. Rückblick auf das römische und gemeine deutsche Recht.

Nach dem römischen Rechte fand eine Rechnungsablegung (rationum redditio) bei der Tutel erst nach beendigter Vormundschaft statt; nur die Mitvormünder konnten während der Vormundschaft die Inspection der Rechnungen verlangen [1]).

[1]) Rudorff II, S. 480.

Anders lag die Sache nach deutschem Rechte; schon einzelne Rechtsquellen des 13., noch mehrere aber des 14. Jahrhundertes anerkannten die Pflicht des Vormundes, schon während der Dauer der Vormundschaft über seine Verwaltung Rechnung zu legen, wenn auch diese Verpflichtung ursprünglich einen beschränkten Umfang hatte.

Das ältere sächsische Recht gewährte das Recht, vom Vormunde Rechnungslegung zu verlangen, nur dem nächsten Erben des Mündels, und der Vormund war daher von der Rechnungslegung frei, wenn er selbst der nächste Erbe des Mündels war.

Allein nach den anderen deutschen und auch nach den späteren sächsischen Rechtsquellen war der Vormund dem nächsten Befreundeten des Mündels, auch wenn er nicht dessen nächster Erbe war, Rechnung zu legen schuldig, und von da angefangen konnte man in der That von einer im Interesse des Mündels gebotenen Verpflichtung des Vormundes zur Rechnungslegung über seine Verwaltung reden, während freilich die Rechnung, welche nach älterem sächsischen Rechte dem nächsten Erben des Mündels gelegt werden mußte, eben nur im Interesse des Erben und nicht in dem des Mündels gelegen war.

Sobald die nächsten Verwandten des Mündels als Familienrath die Rechnungslegung des Vormundes errungen hatten, war es auch sehr natürlich, daß die Obervormundschaft einen Einfluß auf diese Thätigkeit erhielt; denn wenn sich die Obervormundschaft in Deutschland in allen Beziehungen neben die Familie gesetzt hatte, so konnte sie denn doch von der so wichtigen Controle des Vormundes nicht ausgeschlossen bleiben.

Ja im Gegentheile, die Obervormundschaft wußte sehr bald die Familie in den Hintergrund zu drängen; es entwickelte sich sehr schnell die Anschauung, daß die Rechnung nicht mehr der Familie, sondern nur der Behörde gelegt werden müsse, und nur so weit erhielt sich der Einfluß der Familie noch, daß die Prüfung der Rechnung im Beisein der Blutsfreunde des Mündels erfolgte.

Ueber die Zeit, wie oft Rechnung gelegt werden müsse, enthielten die älteren deutschen Rechtsquellen verschiedene Bestimmungen; einzelne verlangten, daß die Rechnung alle Jahre, andere, daß sie alle Jahre zweimal gelegt werden müsse, andere überließen es dem Gutbefinden der Blutsfreunde des Mündels, wie oft sie sich Rechnung ablegen lassen wollten [2]).

Eine Aenderung führten die beiden Reichspolizeiordnungen von den Jahren 1548 und 1577 ein; beide enthielten die gemeinschaftliche Bestimmung, daß der Vormund jährlich der Obrig-

[2]) Kraut II, S. 48; I, S. 92.

keit Rechnung abzulegen schuldig sei, ohne auch nur mehr einer Concurrenz der Blutsfreunde zu erwähnen; dagegen wichen sie darin von einander ab, daß nach der Reichspolizeiordnung von 1548 der Vormund nur dann alle Jahre Rechnung abzulegen brauchte, wenn er von der Obervormundschaft dazu aufgefordert wurde, während die Reichspolizeiordnung von 1577 verlangte, „daß der Vormund jährlich nit allein auf Erforderung der Obrigkeit, sondern auch selbst vermög seines anbefollenen Ampts, auch geleisteter Pflicht und Eydt gebührliche Rechnung anbieten und thun solle“ [3]).

Particularrechtlich blieb aber auch später der Grundsatz erhalten, daß auch die Blutsfreunde der Prüfung der Rechnung zugezogen werden müssen, seltener dagegen, daß die Obrigkeit während der Dauer der Vormundschaft überhaupt keine Rechnungslegung verlangen dürfe, und daß dies nur den Blutsfreunden des Mündels und dessen Mitvormündern zustehe; einzelne Particularrechte verlangten nicht immer jährliche Rechnungslegung und gestatteten für geringes Vermögen längere Termine, wohl auch gänzliche Befreiung der Vormünder von der Rechnungslegung; endlich konnte particularrechtlich der Erblasser den Vormund von der Rechnungslegung überhaupt, oder doch von der Rechnung über das den Pflichttheil übersteigende Vermögen seiner Kinder befreien, in welchen Fällen aber dennoch ein Aufsichtsrecht der Vormundschaftsbehörde gewahrt blieb [4]).

3. Oesterreichisches Recht.

a) Bis zur Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669.

Das österreichische Recht weist auch in diesem Punkte den innigen Zusammenhang mit dem deutschen Rechte nach.

Wir besitzen Rechtsquellen des 16. Jahrhundertes — wie das Innsprucker Libell vom Jahre 1518 und die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 —, welche älter sind als die Reichspolizeiordnung des Jahres 1548, und auch die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns — ungeachtet sie im Jahre 1609 compilirt und im Jahre 1629 revidirt worden war — überlieferte vielfach Bestimmungen des älteren Rechtes, ohne sich an die Verfügungen der Reichsgesetze strenge zu halten.

Dagegen schloß sich die Reform guter Polizei für die fünf niederösterreichischen Lande und die Grafschaft Görz aus dem Jahre 1552 enge an das vier Jahre früher erlassene Reichsgesetz an, und ebenso überlieferte uns Suttinger mehrere Entscheidungen, welche beweisen, daß die neuen deutschen Gesetze sich in die Praxis der

---

[3]) Kraut II, S. 151.
[4]) Ebenda, S. 152.

Gerichte eingelebt hatten; immerhin bleibt es aber hervorzuheben, daß auch das Gesetz des Jahres 1552 einzelne particularrechtliche Bestimmungen beibehalten hat.

Das Innsbrucker Libell enthielt blos die Vorschrift, „daß durch die Gerhaben den Obrigkeiten und Freundschafften, so oft Noth sei, aufrichtige Rechnung gethan werden solle [1]), und bestimmte durchaus nichts über eine Verbindlichkeit des Vormundes, zu bestimmten Zeiten Rechnung zu legen; auch ist noch bemerkenswerth, daß die Freundschaften den Obrigkeiten vollkommen gleichgestellt waren.

Dagegen bestimmten die acht Jahre später erschienenen Wiener Freiheiten, daß die Gerhaben die Rechnung alle Jahre überreichen, daß sie dieselbe dem Stadtrathe oder jenen Personen, welche der Stadtrath hiezu verordnen würde, legen sollten, daß die gelegte Rechnung nur noch im Beisein etlicher Freunde des Mündels zu prüfen, daß dem Gerhaben über die richtige Rechnung vom Bürgermeister und dem Stadtrathe zu quittiren sei, und daß schließlich die Raitregister den Kindern nach erlangter Vogtbarkeit vorgelegt werden sollen [2]).

Eingehender und interessanter sind die Vorschriften der Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, in welcher sich drei verschiedene Systeme der Rechnungslegung gleichzeitig erhalten haben.

Bei den Pupillen der oberen Stände hatte sich — wie wir schon oben gesehen haben — in Oesterreich ob der Enns der Gebrauch erhalten, daß die Verwandten den Vormund wählen konnten; ein solcher gewählter, wie auch ein testamentarisch bestellter Gerhab der Pupillen der oberen Stände hatte nur den Pupillen zur Zeit ihrer Vogtbarkeit und während der Dauer der Vormundschaft nur auf Verlangen der Landeshauptmannschaft Rechnung zu legen.

Die anderweitig bestellten Vormünder der Pupillen der oberen Stände traf dagegen schon die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung alle Jahre oder doch alle zwei Jahre; es wurden zum Behufe der Prüfung der Rechnung zwei oder drei der nächsten Freunde der Pupillen oder in deren Abgange zwei oder drei „Landleute", welche in dem Viertel des Landes angesessen waren, in dem die unbeweglichen Güter des Mündels gelegen waren, beigezogen und in Gegenwart dieser Raithändler, des Vormundes und der nächsten Freunde des Mündels, welche von dem Termine verständigt werden mußten, erfolgte die Prüfung der Rechnung, wobei den „Landleuten", solange sie in Angelegenheit der Vormundschaftsrechnung abwesend waren, „eine leibliche Zehrung" nach billigem Ermessen des Vor-

[1]) Suttinger unter dem Schlagworte „Gerhab", S. 230.
[2]) Codex austr. II, S. 490.

mundes und Derjenigen, welche die Rechnung aufnahmen, zugestanden wurde.

In den Städten und Märkten und am Lande sollten, analog wie es bei den richterlich bestellten Vormündern der Pupillen der oberen Stände der Fall war, alle Jahre zwei taugliche, erfahrene und der Landtsordnung kundige Personen bestellt und in deren und der nächsten Verwandten der Mündel Beisein die Vormundschaftsrechnungen geprüft werden.

Bei den Unterthanen endlich, wo ein Einfluß der Familie auf die Vormundschaft schon von Haus aus nicht gegeben war, sollte die Obrigkeit ein Raitbuch führen, die Vormünder alle Jahre zur Verraittung der Unkosten vorfordern und mit denselben die Rechnung ohne Beiziehung von Raithändlern und Verwandten des Mündels aufnehmen [3]).

Wir konnten nicht mit Gewißheit constatiren, ob die Eigenthümlichkeit des Landtsbrauches, welche Oesterreich ob der Enns gezeigtermaßen selbst nach der Einführung des Polizeigesetzes von 1552 bewahrt hatte, sich auch noch in Niederösterreich erhalten hatte.

Es scheint aber das nicht der Fall gewesen zu sein, da die niederösterreichische Landtsordnung von 1573 im III. Buche, 129. Titel, ganz einfach in Ansehung des Vormundschaftsrechtes auf die Polizeiordnung des Jahres 1552 verwiesen, und dieses Gesetz in keiner Weise den Eigenthümlichkeiten bestimmter Stände Rechnung getragen hatte.

In dem genannten österreichischen Polizeigesetze des Jahres 1552 war offenbar in der Absicht, um entgegenstehenden Gewohnheiten zu begegnen, klar und deutlich verordnet worden, „daß alle, es seyen Rait- oder Bestand-Gerhaben, vom Testator, Freunden, Obrigkeit oder Gericht gesetzt, jrer Gerhabschaftshandlungen halben alle jar järlichen guete, ordentliche Raittung thuen, und wo Sy für sich selbst, solche Raittung zu thuen nicht erschienen, daß Sy alßdann auf der Raithändler anruefen, und auf der Pupillen Costung und Pottenlon erfordert, auch daneben zu solcher Raittung aynem oder zwayen negsten Freunden darzu verkündt werden solle, ob dieselben in solche Raittung einredt haben und in sachen nothwendigen Bericht thuen möchten; wo aber khaine Freundt vorhanden wären, oder zu der Raittung nicht erschienen, so solle nicht weniger mit der Raittung fürgegangen werden, und die mängel und unrichtigkhaiten durch die Raithändler außgestellt werden“ [4]).

---

[3]) Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, III. Buch, 43. Titel, S. 570—576. Siehe auch Schenk S. 16 und 17, der indessen der eigenthümlichen Form der Rechnungslegung bei den Pupillen der Unterthanen gar nicht mehr gedenkt.

[4]) Fol. XXI.

Es wurde dieses Gesetz in Oesterreich unter der Enns auch befolgt; eine Entscheidung vom 29. März 1604, welche Suttinger aufbewahrt hat, begründete den Satz, „daß ein jeder Gerhab, auch auf nicht Erforderung der Obrigkeit, alljährlich Rechnung zu thun schuldig sei", nicht nur durch die ausdrückliche Entgegenstellung der Reichspolizeiordnung des Jahres 1548 mit jener des Jahres 1577, sondern auch durch die Beziehung des österreichischen Gesetzes vom Jahre 1552, und endlich durch die Berufung auf den Gerichtsgebrauch, „nach welchem bei der Regierung ein jedweder Gerhab an Eydstatt zu jährlicher Thuung der Rechnungen sich verpflichten müsse, was auch bei dem Land-Marschall'schen Gerichte zu vielmahlen durch Edicte anbefohlen worden sei" [5]).

Was das weitere Verfahren mit der gelegten Rechnung betrifft, so setzte die Polizeiordnung bei allen Vormundschaften die Beiziehung der Raithändler voraus, ohne indeß besondere Bestimmungen über deren Beiziehung zu enthalten; „die Raithändler sollten, nachdem sie die Raittungen der notturfft nach übersehen und Justificiert, dieselbigen der Obrikhait fürbringen, sambt jrem Rat und guet bedünkhen, darauf folgends nach erledigung der sachen durch die Obrikhait den Gerhaben genuegsam Raitbrif und Urkhundt gefertigt und darüber khain Gerhab verner solcher Handlung halben, durch niemanden angesprochen, belesstiget, noch im ainich weeg angemuettet werden sollte" [6]).

Die Wirkung des Absolutoriums war gleichwohl keine unbedingte; denn „wenn in solchen Raittungen öffentliche gefär gebraucht oder ychtes in der Raittung außgelassen oder nicht eingebracht worden, und wo solche gefär oder auslassung in der Raittung befunden wirdet, sollte den Pupillen, unangesehen der Raitbrif den Gerhaben gefertigt und gegeben, jr notturfft gegen den Gerhaben zehandlen bevorsteen" [7]).

Den gleichen Grundsatz sprach eine von Suttinger überlieferte, in das Motivenbuch n. 1, pag. 15, eingetragene Entscheidung der niederösterreichischen Regierung vom 25. Mai 1571 aus, welche mit ausdrücklicher Beziehung auf die obigen Stellen der Polizeiordnung den Schlußsatz aufstellte: „Habens itaque quietationem generalem, sive de tutela sive aliis quibuscunque rationibus, non et tutus, nisi habeat liberatorium universale a toto errore calculi et omissi" [8]).

Auch für das Verfahren, wenn Mängel entdeckt worden

---

[5]) Suttinger unter dem Schlagworte „Gerhaben Obligation", S. 236.

[6]) Fol. XXI.

[7]) Fol. XXI.

[8]) Suttinger unter dem Schlagworte „Rechnungs-Brief", S. 638.

waren, enthielt die Polizeiordnung eine kurze Verfügung, welche eine proceßähnliche Erledigung der beanständeten Rechnung annehmen läßt; „denn es sollten die mißverstandt nach genuegsamen Bericht der Raithandler — wohl also nach vorausgegangener Einvernehmung der Gerhaben — durch ein erkhentniß erleuttert und entschieden und den Gerhaben ainiche verzugige und ungepürliche Ausflicht nicht gestattet werden“ [9]).

Daß aber der Vormund ein Saumsal der Raithändler zu seinen Gunsten nicht ausbeuten und die zögernden Raithändler nicht contumaciren konnte, scheint aus der Natur der Sache hervorzugehen, weßwegen wir die von Suttinger überlieferten Entscheidungen vom 23. Februar 1647, vom 12. December 1648 und vom 24. December 1648 — nach welchen der Vormund, wenn man mit der Aufnehmung der Rechnungen säumig war, durch die Gradus der Collationirung (Inrotulirung) die Absolvirung betreiben konnte, und nach welchen er alsdann, wenn er die Collationirung ex officio (Inrotulirung in contumaciam) erhalten hatte, von aller Klage und weiteren Ansprache absolvirt war — auf die Rechnungslegung des Vormundes an den vogtbar gewordenen Mündel beziehen [10]).

Zwar enthielt die Polizeiordnung des Jahres 1552 über eine solche Rechnungslegung des Vormundes nach Beendigung der Vormundschaft keine Bestimmung, allein es ist diese Pflicht nicht nur an und für sich klar, sondern wir besitzen überdies noch eine Entscheidung vom 5. März 1604, welche uns Suttinger überlieferte, wonach „Gerhaben finita tutela (den Mündeln) Rechnung thun und alle Schäden gut machen mußten“ [11]).

Wenn ein Gerhab ohne triftigen Grund und nach Aufforderung der Obrigkeit seine Rechnung jährlich nicht legen würde, bestimmte die Polizeiordnung von 1552, daß er als verdächtig abgesetzt und ein Anderer tauglicher an seiner Statt verordnet werden solle [12]).

Ob der Testator dem Vormunde die Rechnungslegung erlassen konnte, war in diesem Gesetze nicht entschieden worden; wir möchten uns aber für die bejahende Entscheidung dieser Frage aussprechen, weil die Schlußstelle des Gesetzes es dem Testirer anheimstellte, „seiner verlassenschaft halber sondere Ordnung zu machen und hinder sein zu verlassen“, bei welcher Ordnung es denn auch sein Bewenden haben sollte, wenn nicht ein Verdacht

[9]) Fol. XXI.

[10]) Suttinger unter dem Schlagworte „Gerhabschafts-Rechnungen“, S. 277 und 278.

[11]) Ebenda unter dem Schlagworte „Gerhaben Obligation“, S. 276.

[12]) Fol. XXI.

eines nicht gerechtfertigten Vorganges die Vormundschaftsbehörde zu einem Einschreiten veranlaßte [13]).

Die Polizeiordnung hatte zum Schlusse die Anfertigung eines eigenen Raitformulars angekündigt, nach welchem die Rechnungen aufgenommen werden sollten und den Raithändlern aufgetragen, ein ordentliches Raitbuch zu halten, in welches der Vermögensstand des Pupillen nach den Inventarien und die jährlichen Summen des Empfanges, der Ausgaben und der Reste einzutragen waren [14]).

Eine Vervollständigung dieses Raitbuches, welches die Raithändler zu halten schuldig waren, war die Errichtung eines eigenen Waisenbuches, welches die Regierung — vielleicht zuerst unter allen Gerichten — im Jahre 1655 zu führen begann.

In dieses Waisenbuch wurden Alter, Condition, Aufenthaltsort, Erziehungsort und eine summarische Uebersicht des Vermögens der Pupillen, ebenso dann die Bestellung der Gerhaben eingetragen, und mußte das Waisenbuch alle Vierteljahre durch bestimmte Räthe der Regierung untersucht werden; es gab sodann die Controle für die Legung der Rechnungen und diente dazu, die Waisenangelegenheiten bei der Regierung in Evidenz zu halten [15]); auch wurde der damalige Regierungssecretär Nolthaejus angewiesen, wenn die vierteljährige Revision des Waisenbuches unterlassen werden sollte, dies dem Statthalter oder dem Kanzler anzuzeigen [16]).

Eine literarische Behandlung der Frage aus dieser Zeit besitzen wir nicht, daher wir uns mit den gesetzlichen Bestimmungen und den Judicaten begnügen müssen.

Ebenso gehen uns Zeugnisse über den Umstand ab, ob denn auch bei den Unterthanen in Oesterreich unter der Enns diese immerhin complicirte Weise der Rechnungslegung und Rechnungsprüfung eingehalten worden sei.

b) Nach der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669.

Die Gerhabschaftsordnung widmete der Vormundschaftsrechnung einen eigenen Titel [1]) und war sichtlich bemüht, die gesammte Materie möglichst genau und übersichtlich darzustellen.

Als Grundsatz war an die Spitze gestellt worden, „daß ein jedwederer Gerhab, auch die leibliche Mutter, verbunden seien, alle Jahre und jedes Jahr besonders, nicht nur auf ab-

[13]) Fol. XXIIIv.
[14]) Fol. XXIv.
[15]) Suttinger unter dem Schlagworte „Waisen Buch und etliche Schlüß in Waisensachen betreffend", S. 865.
[16]) Ebenda, S. 667.
[1]) 17. Titel.

fordern, sondern von sich selbsten, der Obrigkeit, deren der Pupill unterworffen, ordentliche Raittung mit Belegung aller Einnahms- und Ausgabs-Bescheinigung bey Straff und würklichem Einsehen, inner den nechsten drey Monathen nach verflossenem Jahr zu übergeben und die Aufnehmung derselben zu betreiben“ [2]).

Von dem Grundsatze, daß jeder Gerhab Rechnung zu legen schuldig sei, gab es nur zwei Ausnahmen: erstens wenn dem Gerhaben die Verraittung durch letzten Willen absonderlich erlassen worden war und wenn die Obrigkeit dawider kein Bedenken hatte [3]), und zweitens wenn der Landesfürst selbst dem Vormunde die Rechnungslegung nachsah [4]).

Die Rechnung wurde nur dem Gerichte und nicht mehr den Freundschaften gelegt; selbst bei der Prüfung der Rechnung war der Einfluß der Freundschaften gegen das frühere Recht bedeutend abgeschwächt worden.

Endlich war durch den an die Spitze gestellten Grundsatz die Bestimmung des Reichspolizeigesetzes von 1577 ausdrücklich aufgenommen worden, so daß die Verbindlichkeit des Vormundes, auch ohne Aufforderung der Vormundschaft, jährliche Rechnung zu legen, nun nicht mehr einem Zweifel unterliegen konnte.

Den Obrigkeiten wurde aufgetragen, „darob zu sein, damit die Gerhabschaffts-Raittungen unverzüglich auffgenommen, und dardurch sowohl dem Gerhaben als Pupillen verholffen werde“; die Obrigkeiten sollten die Gerhaben, welche die Rechnung nach Ablauf von drei Monaten nach dem Rechnungsjahre nicht eingereicht hatten, mit Androhung eines Pönfalles ex officio betreiben, und damit dieser Zweck erreicht würde, ließ es die Gesetzgebung nicht blos bei der Haltung eines Waisenbuches, in welches die Namen der Pupillen und der Gerhaben eingetragen waren, bewenden, sondern bestimmte noch außerdem, „daß dem Gericht eine eigene geschworne Persohn bestellt werden solle, welche darauff ihr fleißige Obsicht zu haben, und, was für Raittungen von Zeit zu Zeit rückständig verbleiben, das Gericht zu erinnern verbunden sein solle“ [5]).

Den organischen Mittelpunkt in der Vormundschaftsrechnung bildeten aber fortan die Raithändler, welche mit der sogenannten „Auffnehmung“ der von den Vormündern übergebenen Rechnungen betraut waren; in ihnen kann man gesunde Keime eines Pflegschaftsrathes erblicken, welcher an die Stelle des scheidenden Einflusses der Familie treten sollte.

---

[2]) 17. Titel, §. 1.
[3]) Ebenda, §. 1, und 8. Titel, §. 4.
[4]) 8. Titel, §. 4.
[5]) 17. Titel, §. 2.

Die Gerhabschaftsordnung selbst enthielt jedoch nur in Ansehung der Bestellung der Raithändler bei dem Landmarschallischen Gerichte besondere Vorschriften, nach welchen von nun an beständige Personen, und zwar zwei Landstände aus dem Herren- und zwei aus dem Ritterstande zu Raithändlern ernannt werden sollten[6]), und verfügte in Ansehung der Raithändler bei der n. ö.

[6]) In Ansehung der Rechnungsaufnehmer bei dem Landmarschallischen Gerichte enthielt die Gerhabschaftsordnung noch folgende Bestimmungen: §. 3. „Demnach Wir auch eine Zeit hero, sonderlich bei unserem Land-Marschallischen Gerichte wahrgenommen, daß sowohl zu der Pupillen höchsten Schaden, als auch der Gerhaben und deren Erben Gefahr und Ungelegenheit, mit Auffnehmung der Gerhablichen Raittungen allerhand Beschwärnuffen darumben fürgelauffen, alldieweilen keine gewissen Raittungsaufnehmer bestelt, sondern nur Commissarien, so gut mans haben können, hiezu verordnet, deren theils in dem Werck selbst nicht genugsamb erfahren, theils aber die Auffnehmung wegen ihren eigenen Geschäften Jahr und Tag verliegen lassen: Als wollen Wir hinfüro gewiß und beständige Personen, gegen eine in dem letzten Titul hernach ausgeworffene Remuneration hiezu gnädigst und dergestalt verordnen, daß unser Land-Marschall gleich nach Publicirung dieser Gerhabschaftsordnung, aus den N. Ö. Landrechts-ordinari und extraordinari-Beysitzern oder andern Landes-Mitgliedern, zween von dem Herren- und zween von dem Ritter-Stand, und zwar nicht nur nach dem Alter ihrer Bedienung, sondern und vielmehr nach Qualität der Personen, wie dieselben mit gueten Sitten, Geschicklichkeit, auch Gerichts-, Lands-, Würdtschafts- und Raittungs-Erfahrenheit vor anderen berühmt seynd, mit Gutachten, vermittels unser N. Ö. Regierung, Uns gehorsamst vorschlagen und diejenigen, so von Uns gnädigst resolvirt, alsdann bei dem Land-Marschallischen Gericht mit Eyds-Pflicht (daß sie bey Auffnehmung der Raittungen, und was sonsten ihrer Verrichtung anhängig, treulich und ungefährlich handeln wollen) belegt, auch da inskünftig sich ein Abgang unter diesen vieren ereignete, jedesmals ein anders Subjectum mit gleicher weiß, durch obenstehendes Gutachten substituirt werden sollte." §. 4. „Von diesen vier Personen sollen jedesmal nur zwey mit und neben dem Land-Schreiber oder Gerichts-Secretario (deme Wir auch hierbey ein gleichmässiges votum zulassen) an ein hierzu absonderlich im Land-Hauß deputirten Orth die wirkliche Bedienung, jedoch das Präsidium der vom Herrn-Stand haben. Wenn auch der erste vom Herrn- oder Ritter-Stand nicht bei der Stelle, oder wegen Krankheit, nahender Freundschaft, auch anderer erheblicher Ursachen verhindert wäre, sodann der anderte im Herrn- oder Ritter-Stand denselben vertreten; da aber beede deß Herrn- oder auch beede deß Ritter-Stands verhindert, die zween übrigen, sambt dem Land-Schreiber oder Gerichts-Secretario, gleichwohlen fortfahren, und die drey mit einander die Raittung nach Maaß und Ordnung, wie die in diesem Titul begriffen, auffnehmen, und da sie sich nicht alle drey in einhelliger Meinung vergleichen könnten, ihren Schluß, wie auch auf das Gericht lauffendes Gutachten per majora einrichten sollen. Wir wollen auch, daß diesen Raittungs-Aufnehmern ein Raitverständiger Bedienter auß der N. Ö. Landschaft Rait-Collegio zugegeben werde, welcher mit ihnen in der Session zugleich, keineswegs aber absonderlich zu Hause die Raittungen zu erörtern und deßwegen seiner Bemühung halber gebührende Remuneration, so ebenfalls im letzten Titul außgeworffen, zu empfangen hat." — Die erste Bestellung von Waisenräthen beim Landmarschallischen Gerichte auf Grund dieser Verfügung erfolgte am 18. April 1670 (Codex austr. I, S. 427). Am 26. März 1672 wurde auch ein neues Formular für die Gerhabschafts-Raittungen bei dem Landmarschallischen Gerichte eingeführt (Codex austr. I, S. 427).

Regierung, bei der Wiener Universität, der Stadt Wien und den anderen Obrigkeiten nur, daß es bei demjenigen verbleiben solle, wie es bisher bei diesen Gerichten gehalten worden sei, und daß jede Obrigkeit ernstlich ermahnt werde, die Pupillensachen dermaßen zu beschleunigen, daß sich künftig weder die gewesenen Pupillen, noch die Gerhaben zu beschweren Ursache haben[7]).

Das Verfahren der Raithändler bei der sogenannten Aufnehmung der Gerhabschaftsrechnungen war ein aus contentiosen und officiosen Bestandtheilen gemischtes, wie dies die nachfolgende Darstellung zeigen wird.

Die Raithändler, welchen die Gerhabschaftsrechnungen ex officio zugeschickt werden mußten, sollten vor Allem die nächsten Befreundeten der Pupillen oder andere denselben wohlgewogene Personen, welche um deren Vermögen gute Wissenschaft hatten, wie auch andere der Anwartschaft halber dabei interessirte Personen einvernehmen; es war sodann die Pflicht der Raithändler, die Rechnungen zu übersehen und zu erwägen, ob alle Einnahmen nach dem Inventarium und sonsten recht eingebracht und die Ausgaben mit gehörigen Scheinen belegt seien; es ging aber die Aufgabe der Raithändler weit über die Grenze einer bloßen Prüfung der ziffermäßigen Richtigkeit der Rechnungen hinaus, denn sie hatten auch in Erwägung zu ziehen, ob die Ausgaben wohl oder übel angelegt seien, ob die Güter wirklich verwaltet, die Gelder sicher ausgeliehen worden seien, kurz, ob Alles von den Gerhaben beobachtet worden sei, was ein getreuer und fleißiger Hausvater in seinen eigenen Sachen gethan hätte[8]).

In Ansehung der Mängel, welche die Raithändler vorfanden, war ein Unterschied gemacht worden; jene Mängel, welche mehr ein Einschreiten der Obrigkeit nothwendig machten, als sie einer Erläuterung der Gerhaben bedurften, sollten von den Raithändlern blos der Obrigkeit mit ihren Gutachten berichtlich vorgelegt werden, welche dann die weitere Verbescheidung zu erlassen hatte — und hierin zeigte sich der officiose Charakter der Thätigkeit der Raithändler[9]); die anderen Mängel aber, welche die Raithändler fanden, wurden — ebenso wie in einem Rechnungsprocesse — den Gerhaben um ihre Erläuterungen innerhalb eines peremptorischen Termines zugestellt; erfolgte innerhalb dieses Termines eine Erläuterung nicht, so sollten die Mängel für einbekannt und richtig gehalten, die Rechnung geschlossen und von den Raithändlern der Obrigkeit mit ihren Gutachten eingereicht werden[10]).

---

[7]) 17. Titel, §. 5.
[8]) Ebenda, §. 6.
[9]) Ebenda, §. 8.
[10]) Ebenda, §. 6.

Hatten dagegen die Gerhaben ihre Erläuterungen eingereicht, so hatten die Raittungsaufnehmer und die anderen zugezogenen Personen dieselben allen Fleißes durchzusehen und die etwaigen ferneren Mängel den Gerhaben um ihre endlichen Erläuterungen, welche ebenfalls innerhalb eines peremptorischen Termines zu erstatten waren, zuzustellen [11]).

Die Aufnehmung der Rechnung durfte daher nur aus vier Schriften: 1. aus den Mängeln, 2. den Erläuterungen, 3. den ferneren Mängeln, und 4. den endlichen Erörterungen bestehen; es durften mehr Schriften nicht zugelassen werden [12]) und wurde das ganze Verfahren den summarischen Sachen beigezählt [13]).

Wie das Verfahren ein aus officiosen und contentiosen Bestandtheilen gemischtes war, so mußte dies auch bei der Entscheidung der Fall sein. Wurden die Mängel richtig befunden, so erfolgte eine gewöhnliche Entscheidung welche nur noch schließlich mit den erforderlichen Aufträgen an die Gerhaben versehen wurde; wurde dagegen die Rechnung als richtig anerkannt, so war das Gericht den Gerhaben einen gewöhnlichen Raitbrief zu ertheilen schuldig [14]).

Die Wirkungen eines solchen Raitbriefes gingen auch nach der Gerhabschaftsordnung nur dahin, daß die Gerhaben und deren Erben über dasjenige, was in der Rechnung in Empfang und in Ausgabe gestellt worden war, sicher waren; sollte aber „in solchen Raittungen einige Gefährd gebraucht, ein Empfang außgelassen oder in calculo geirrt worden sein, so waren die Gerhaben, ungehindert des Rait-Brieffs, darüber Red und Antwort zu geben schuldig“ [15]).

Säumige Rechnungsaufnahmen sollten von der Obrigkeit auf Ansuchen der Interessirten oder auch von Amtswegen betrieben werden [16]).

Die Gerhabschaftsordnung enthielt aber nicht blos über die Rechnungen *während der Dauer*, sondern auch über die Schlußrechnung nach beendeter Vormundschaft eingehende Bestimmungen.

Vor Allem war es ein Grundsatz, daß die Gerhaben dem vogtbar gewordenen Pupillen Rechnung zu legen schuldig waren; hatten sie ihm aber die Rechnung gelegt und war er nicht dazu zu bewegen, sie zu genehmigen oder zu bemängeln, dann konnten sie ihn um Absolution und Entlassung aller ferneren Verantwor-

---

[11]) 17. Titel, §. 7.
[12]) Ebenda, §. 8.
[13]) *Suttinger*, Observationes practicae, Obs. II, §. 8.
[14]) 17. Titel, §. 9.
[15]) Ebenda.
[16]) Ebenda, §. 10.

tung durch Mittel der Collationirungsverordnungen (Inrotulirung in contumacia) verhalten, und über diesen Rechnungsproceß (finita tutela) wurde wie über jeden anderen Proceß verhandelt und entschieden [17]).

Hatten die Gerhaben schon vor der Vogtbarkeit der Pupillen die Rechnung überreicht, und war die Vogtbarkeit der Pupillen eingetreten, bevor die Rechnungsaufnehmung beendet und die Entscheidung erflossen war, so sollte mit der Vormundschaftsrechnung ebenso vorgegangen werden, wie dies bei den jährlichen Rechnungen angeordnet worden war, nur mußte der vogtbar gewordene Pupille zugezogen werden [18]).

Wollte der vogtbar gewordene Pupille die Rechnung gar nicht an- und aufnehmen, so hatten die Gerhaben die Rechnung bei Gericht einzureichen, wo sie dann ebenfalls im Beisein des Vogtbaren aufgenommen wurde [19]).

Wenn endlich nur einer oder mehrere Pupillen vogtbar geworden und einer oder mehrere andere noch unvogtbar waren, so wurde das gewöhnliche Verfahren ebenfalls eingeleitet und die Rechnungsaufnahme in Gegenwart der vogtbar gewordenen Pupillen verfügt [20]).

Die Vormundschaftsrechnungen mußten bei Gericht aufbewahrt werden, bis vier Jahre nach der Vogtbarkeit des Pupillen verstrichen waren; während dieser Zeit konnte sie der Gerhab nur mit Bewilligung des Gerichtes zwar ohne Taxe, aber gegen Recognition erheben, wenn er dem Gerichte Gründe angab, wozu er die Rechnungen brauche; der gewesene Pupille konnte sie aber während dieser Zeit nur mit Vorwissen seines ehemaligen Gerhaben oder seiner Erben beheben; nach Ablauf der vier Jahre aber war das Gericht schuldig, dem Pupillen ohne Unterschied, ob er es begehrte oder nicht, die Rechnungen sammt allen Certificaten gegen Quittung jedoch ohne Taxe, zustellen zu lassen [21]).

Auch in Ansehung des Waisenbuches enthielt die Gerhabschaftsordnung zuerst eine allgemeine deutliche Vorschrift und war jeder Obrigkeit zur Pflicht gemacht worden, „ein richtig verläßliches Waisen-Buch zu halten und in dasselbe des Pupillen Nahmen, Alter, inventirtes Vermögen, Gerhaben, auch ob und wann dieselben Raittung gethan und andere Waisen-Handlungen von Zeit zu Zeit fleißig einschreiben und fürmerken zu lassen, damit der Pupill nach erlangender Vogtbarkeit sich im Waisen-Buch und anderen gehandelten Nothdurfften ersehen und im widrigen

[17]) 17. Titel, §. 11.
[18]) Ebenda, §. 13.
[19]) Ebenda, §. 14.
[20]) Ebenda, §. 12.
[21]) Ebenda, §. 15.

Fall deß Schadens bei der nachläſſigen Obrigkeit zu erholen nicht Urſach haben möge“ [22]).

Die Schriftſteller dieſer Periode: Reutter[23]), Weingärtler[24]) und Beckmann[25]), wiſſen nichts Beſonderes über dieſen Gegenſtand anzuführen und begnügen ſich meiſt damit, den Unterſchied des deutſchen und öſterreichiſchen Rechtes vom römiſchen Rechte hervorzuheben, nämlich daß nach erſterem die Rechnung nur nach beendeter Vormundſchaft gefordert werden konnte, während gegenwärtig jährliche Rechnungslegung vorgeſchrieben ſei.

Das Urtheil über die Gerhabſchaftsordnung wird auch in dieſem Punkte ein ſehr günſtiges ſein müſſen; die Einrichtung der Raithändler, Rechnungsaufnehmer oder Waiſenräthe verdiente volle Beachtung, und auch die Vorſchriften der Rechnungsprüfung in verwickelten Fällen müſſen dem Vorgange bei einer blos adminiſtrativen Prüfung und Erledigung der Rechnung vorgezogen werden.

Es kann übrigens wohl nicht angenommen werden, daß das geſammte Verfahren ungeändert auch am Lande bei den Unterthanen Eingang gefunden hätte; vielmehr dürfte dort die hergebrachte rein adminiſtrative Prüfung der Rechnungen durch die Obrigkeit fortgedauert haben, worauf der Zuſtand der Rechnungsablegung im 18. Jahrhunderte umſomehr hinzuweiſen ſcheint, als auch die große Macht der Obervormundſchaft am Lande einen ſo umſtändlichen Controlapparat nicht leicht neben ſich geduldet haben würde.

c) Nach dem Rechte des 18. Jahrhunderts bis zum Joſefiniſchen Geſetzbuche.

War es dem 18. Jahrhunderte vorbehalten geweſen, die officioſe Thätigkeit der Gerichte im Vormundſchaftsweſen überhaupt in allen Beziehungen zu heben, ſo mußte ſich dies auch in der Art der Rechnungslegung der Vormünder äußern.

Die Stadt Wiener Pupillen-Rait-Cammer-Reformation vom 29. April 1715, die Inſtruction für die bei dem Landmarſchalliſchen Gerichte in Waiſenſachen verordneten Rechnungsherren und Rechnungsaufnehmer vom 24. December 1725, und die Landmarſchalliſche Gerhabſchaftsordnung vom 3. April 1727, welche ſich eingehend mit der Rechnungslegung des Vormundes befaßten, beſtätigten die eben vorangeſtellte Behauptung, und die Landtafelgeſetze für Oberöſterreich vom 3. October 1754 und für Nieder-

---

[22]) 4. Titel, §. 5.
[23]) Reutter, ad. Tab. II. 25, S. 4.
[24]) Weingärtler, I. Buch, XXII. Titel, S. 35.
[25]) Beckmann unter dem Schlagworte „Tutela“, S. 516.

österreich vom 24. November 1758, sowie endlich das Gesetz über die Einführung von Fürmerkbüchern bei den Grundbüchern vom 1. September 1765, zeigten recht deutlich, wie sehr der rein administrative Charakter bei der Behandlung der Waisenrechnungen zugenommen hatte.

Die Stadt Wiener Pupillen-Rait-Cammer-Reformation schärfte sehr strenge ein, daß die Legung der Vormundschaftsrechnung während der Dauer der Vormundschaft nöthigenfalls durch Pönfall und Hauptsperre betrieben werden solle, und wenn sie es auch bei der Rechnungslegung finita tutela im Principe bei den gewöhnlichen processualen Rechtsmitteln bewenden ließ, durch welche der vogtbare Pupille den Gerhaben und dieser umgekehrt den Pupillen zur Legung, beziehungsweise Anerkennung, Bemänglung und Erläuterung der Rechnung bewegen konnte [1]), so äußerte sich die erweiterte Officialthätigkeit der Vormundschaftsbehörde darin, daß, wenn ein Pupille nach erreichter Vogtbarkeit nicht alsbald sein Erbtheil in Empfang nahm, er von dem Stadtmagistrate als Obergerhaben zu selbsteigener Sicherheit und Vermeidung der etwa sonst zu besorgen habenden actio subsidiaria vorgefordert und ihm sein Erbtheil gegen die gewöhnliche Verzichtsquittung hinausgegeben werden sollte [2]).

Die Instruction für die Landmarschallischen Rechnungsaufnehmer behielt zwar noch im Wesentlichen die Form der Rechnungslegung nach der Gerhabschaftsordnung bei; indessen zeigte sich der administrative Charakter der Geschäftsbehandlung nicht blos darin, daß an Stelle einer persönlichen Vernehmung der Befreundeten des Mündels, der Testamentsexecutoren und solcher Personen, in welche der Erblasser ein besonderes Vertrauen gesetzt hatte, eine schriftliche Aeußerung dieser Personen treten konnte, sondern namentlich auch abermals in der Sorge des Gerichtes, ein Absolutorium und eine Verzichtsquittung, sowie einen Schadloshaltungsrevers des vogtbar gewordenen Pupillen zu erhalten, welcher selbst dann gefordert wurde, wenn sich Vormund und Pupille außergerichtlich über die Schlußrechnung geeinigt hatten [3]).

Die zwei Jahre später erschienene Landmarschallische Gerhabschaftsordnung ging noch weiter und verordnete dem Rechnungsführer, alle ihm zukommenden Mängel oder Ausstellungen, Supermängel oder Superausstellungen in vier Wochen zu erläutern, die Ersatzposten, Rechnungsreste und -Fehler dem Pupillen allsogleich zu Nutzen zu machen und auch sonst die gehörige und vollständige Richtigkeit zu pflegen.

[1]) Codex austr., Suppl.-Bd. I, S. 787, 9tens.
[2]) Ebenda, 12tens.
[3]) Ebenda, Suppl.-Bd. II, S. 372.

Die über 14 Tage ausständigen Rechnungen, Erläuterungen und Supererläuterungen sollten ferner von den Gerhaben nicht nur bei Androhung und sohiniger Einhebung eines Pönfalles von 10 Ducaten, welcher bei fortgesetzter Säumniß verdoppelt wurde, gefordert, sondern auch die in den Rechnungen gefundenen Ersetzungsposten, Rechnungsreste und -Fehler per executionem eingetrieben werden.

Die Einvernehmung der nächsten Befreundeten und sonstigen Interessirten erfolgte nur mehr durch Abforderung eines schriftlichen Berichtes, und auf die Verzichtsquittung des vogtbar gewordenen Pupillen wurde ein so entscheidendes Gewicht gelegt, daß sogar ein Formular einer solchen Quittung entworfen wurde, in welchem enthalten war, daß der vogtbar gewordene Pupille das Landmarschallische Gericht ledig und müssig sprechen und schadlos zu halten versicherte, welchem Formular noch die weitläufigsten Clauseln beigefügt waren, die deutlich zeigten, wie sehr das Gericht sich nach überkommener Verwaltung des Pupillarvermögens vor der Anstrengung der actio subsidiaria fürchten mußte[4]).

Auch hatte nicht nur die Instruction für die Rechnungsaufnehmer des Landmarschallischen Gerichtes ein neues umfassendes Schema eines Waisenbuches angeordnet, sondern es war auch der Landmarschallischen Gerhabschaftsordnung ein bis in die Details

---

[4]) Codex austr., Suppl. Bd. II, S. 427. Um zu zeigen, welches Gewicht auf die von dem vogtbar gewordenen Mündel abverlangte Absolution gelegt wurde, mag ein Theil der Formel hier aufgenommen werden; der Pupille mußte versprechen, „daß von nun an zu ewigen Zeiten weder er noch seine Erben und Nachkommen wegen vorbemeldter väterlich- oder mütterlich- oder anderweitiger Erbschafft und in Zeit der Gerhabschafft erspahrte, vermehrte, auch sonst gefallene Mitteln, unter was immer vor einem unverantwortlichen Vorwand, Weg und Weis es sein könnte, oder möchte, nicht das geringste mehr fordern und prätendiren wolle und solle; wie er denn durch gegenwärtigen Revers nicht allein all und jeder ratione paternae vel maternae, vel cujus cunque alterius haereditatis gehabten Ansprüche gänzlich und wahrhaft sich verzeihe und begebe, sondern auch all ersinnlichen juribus, privilegiis et exceptionibus in genere: in specie autem non confecti et non completi inventarii, supplementi ad legitimam, non exhibitorum vel non dispositorum rationum, persuasionis, metus reverentialis, non numeratae pecuniae, rei non sic, sed aliter gestae, laesionis enormis etc. und derley Ausflüchte, Vorschütz- oder Einwendungen hiermit legaliter renuntiire; Alles getreulich und ohne Gefährde auch bei Verbindung des allgemeinen Land-Schaden-Bunds in diesem Erz-Herzogthum Österreich unter der Enns." — Es wird dieses Formular wohl genügen, wie nothwendigerweise der unmittelbare Schutz der Vormundschaftsbehörde während der Dauer der Vormundschaft dazu führen mußte, in dem eben austretenden Pupillen einen möglichen Gegner zu finden, gegen den man sich nur dadurch schützen zu können glaubte, daß man ihm in dem Momente der Vermögensübergabe eine Erklärung abforderte, durch welche er auf alle ihm durch das Recht gesicherten Ansprüche verzichten mußte.

der Einnahms- und Ausgabsposten ausgearbeitetes Formular einer Vormundschaftsrechnung beigegeben.

Die Landtafeln und das Fürmerkungspatent endlich enthielten die Weisung an den Richter, jährlich nach Erledigung der Vormundschaftsrechnung von Amtswegen zur Sicherheit der Pupillen das Nöthige vorzukehren, und um dies für die vergangene Zeit thun zu können, wenn die Zeit zu kurz wäre, durch eine Generalvormerkung (auf die Güter des Vormundes) die Mündel vor Schaden zu bewahren.

Auch die Schriftsteller dieser Zeit: Banniza[5]), Vossius[6]) und Donner[7]), enthalten über diesen Punkt nichts Erhebliches; am Wichtigsten ist nur noch das Zeugniß Grenek's[8]), nach welchem am Lande die Vormundschaftsrechnungen sehr einfach behandelt, die Vormünder blos mündlich befragt und die Erläuterungen im kurzen Wege berichtigt wurden; auch das scheint indessen nicht immer der Fall gewesen zu sein, indem Grenek und Donner darüber Klage führen, daß am Lande so viele Gerhabschaften zu Ende gehen, ohne daß eine Rechnung gepflogen worden wäre.

Daß die Herrschaften auf der Ausstellung der Verzichtsquittung vor Ausfolgung des Vermögens an den Mündel bestanden, war einerseits wohl begreiflich, weil die Herrschaften die Waisengelder unmittelbar in Händen hatten; andererseits lag aber eben hier eine Gefahr in der schleunigen Abforderung der Verzichtsquittungen, weil dadurch des vogtbar gewordenen Pupillen gutes Recht leicht verloren gehen konnte.

d) Nach dem Gesetze Kaiser Josef's II.

Kaiser Josef hat die Vormundschaftsrechnung sowohl in der Gerichtsinstruction vom 9. September 1785, als auch in dem bürgerlichen Gesetzbuche neu geregelt; im Gesetzbuche sind meistens nur die materiell-rechtlichen Bestimmungen über die Verbindlichkeit des Vormundes zur Rechnungslegung aufgenommen, während die Art der Prüfung und Genehmhaltung der Rechnungen in der Gerichtsinstruction enthalten war.

Die rein administrative Geschäftsbehandlung tritt in beiden Gesetzen scharf hervor; der Rait-Officiant ist ein bloßer Beamter des Gerichtes, welcher der Behörde untersteht, die die Rechnungen zu prüfen hat; der Charakter eines Pflegschaftsrathes, welchen wir in den Anfängen des Institutes der Raithändler entdecken konnten, hatte sich somit gänzlich verloren; folgerichtig konnten auch die processualen oder proceßähnlichen Formen des Verkehres

[5]) Banniza, S. 92—94.
[6]) Vossius, S. 195.
[7]) Donner, S. 32—38.
[8]) Grenek, S. 272—274.

zwischen Rechnungsleger und Rechnungsaufnehmer nicht mehr fortdauern und das Decret des Richters war nicht mehr eine Entscheidung zwischen Bemänglung und Erläuterung der Rechnung, sondern ein administrativer Erlaß, welcher sich auf das Gutachten eines Rechnungsbeamten über das von dem Vormunde gelegte Operat stützte.

Daß der Rechnungsbeamte dadurch factisch zum Herrn der Situation gemacht wurde, ist wohl leicht begreiflich, und so bildete sich die Praxis heraus, daß das Decret des Richters über die Vormundschaftsrechnung mehr oder minder zu einer Copie des Berichtes des Raitofficiales herabsank.

Das Josefinische Gesetzbuch regelte sowohl die Rechnungslegung des Vormundes während der Dauer, als auch die nach Beendigung der Vormundschaft.

Alle Vormünder, selbst der Vater, sollten fortan Rechnung legen; auf eine entgegengesetzte lebzeitige oder letztwillige Anordnung desjenigen, von dem das Vermögen an die Waisen gelangt war, durfte keine Rücksicht genommen werden; auch war von einem Erlasse der Vormundschaftsrechnung durch den Landesfürsten im Gesetze nirgends mehr die Rede[1]).

Die Vormundschaftsrechnung mußte jedes Jahr gelegt werden und so eingerichtet sein, daß daraus die Einnahmen und Ausgaben und der ganze Vermögensstand des Waisen entnommen werden konnten; der Empfang sowohl, wenn er aus der Rechnung nicht erhellte, wie auch die Ausgaben, wenn letztere über Einen Gulden betrugen, mußten mit Beilagen bewährt werden[2]). Wirthschafts- und andere besondere Rechnungen waren beizulegen, in die Vormundschaftsrechnung selbst mußten diese Specialrechnungen unter Empfang oder Ausgabe eingestellt werden[3]).

Die Vormundschaftsrechnung sollte die Klagen aus dem vormundschaftlichen Verhältnisse möglichst abschneiden; „außer dem, was in der Rechnungserledigung bestimmt ausgedrückt war, konnte in Ansehung der Vormundschaftsrechnung weder der Vormund an den Waisen, noch der Waise an den Vormund eine weitere Forderung stellen; ein error calculi jedoch oder ein Irrthum oder eine Auslassung in Empfang oder Ausgabe, sollte Niemanden zum Schaden oder zum Vortheile gereichen; wissentliche Zurückhaltung des Mündelvermögens durch den Vormund machte denselben nicht blos ersatzpflichtig, sondern straffällig“[4]).

---

[1]) V. Hauptstück, §. 77. Siehe auch hierüber Excurse zum Commentar des betreffenden Gesetzes von Pfaff und Hofmann, S. 15, in dem 7. Punkte des Antrages auf Emanation des Patentes vom 22. Februar 1791 wurde zuerst die Unzukömmlichkeit jährlicher Rechnungslegung bei noch so geringem Vermögensstande hervorgehoben.

[2]) V. Hauptstück. §. 78.

[3]) V. Hauptstück, §. 79.

[4]) V. Hauptstück, §. 81.

Die Erledigung der Rechnung mußte enthalten, was der Vormund dem Waisen und der Waise dem Vormunde bedingt oder unbedingt zu ersetzen habe[5]); die Rechtsmittel gegen die Rechnungslegung waren, wenn die Beschwerde eine Förmlichkeit betraf, der Recurs an den oberen Richter; wenn aber dem Vormunde eine Vergütung abgeschlagen, oder ein Ersatz, den er nicht schuldig zu sein glaubte, auferlegt worden war, so sollte er die Bestellung eines Curators für seinen Mündel verlangen und mit diesem die Angelegenheit vor der Vormundschaftsbehörde, also wohl nur im administrativen Wege, abthun[6]).

Auch die Schlußrechnung, welche der Vormund oder dessen Erben jederzeit zu legen hatten, durfte nur gerichtlich aufgenommen werden; sie wurde daher nicht mehr, wie bisher, dem Mündel, sondern der Behörde gelegt[7]); die gerichtliche Urkunde, welche dem Vormund oder dessen Erben nach Berichtigung der Rechnung eingehändigt wurde, sollte den Vormund und dessen Erben von allen ferneren Ansprüchen in Betreff der geführten Vormundschaft loszählen[8]).

Was die Rechnungsaufnahme betrifft, so unterschied das Josefinische Gesetz zwischen den Vormundschaftsrechnungen bei der Volksclasse einerseits, und bei den anderen Personen andererseits.

Die Rechnungen über die Vormundschaften der höheren Gesellschaftsclassen sollten „nach den bestehenden Vorschriften" — also nach dem Patente vom 9. September 1785 — untersucht und erledigt werden[9]).

Die betreffenden Vorschriften waren in dem 7. Abschnitte des zweiten Theiles der genannten Gerichtsinstruction, welche von dem „Benehmen der ersten Instanzen in Rechnungssachen handelte", enthalten.

Die Vorschriften dieser Gerichtsinstruction gingen sehr in's Detail; sie zeichneten den inneren Geschäftsgang zwischen dem Rechnungsofficianten und dem Referenten auf das Genaueste vor; der Referent mochte wohl auch den Rechnungsofficianten über ihm dunkel scheinende Punkte vernehmen, allein davon, daß der Rechnungsbeamte mit dem Vormunde selbst und directe sich auseinandersetzte, war nicht mehr die Rede; seine Mängel waren in keiner Weise Angriffe gegen den Rechnungsleger, sondern nur mehr Bemerkungen für den Referenten, der sie berücksichtigen oder fallen lassen konnte; auch der Vormund trat mit dem Gerichte nicht mehr in einen mündlichen Verkehr; er hatte — wenn er nicht einen Re-

---

[5]) V. Hauptstück, §. 80.
[6]) V. Hauptstück, §. 82.
[7]) V. Hauptstück, §. 91.
[8]) V. Hauptstück, §. 94.
[9]) V. Hauptstück, §. 83.

curs versuchen wollte — sich den Anordnungen der Vormundschaftsbehörde strenge zu fügen, und selbst das Rechtsmittel der Klage war ihm durch den administrativen Vorgang abgeschnitten worden.

Dem bureaukratischen Charakter entsprechend, enthielt die Gerichtsinstruction schließlich noch die Bestimmung über die Führung eines eigenen Protokolles über sämmtliche Rechnungen, rücksichtlich dessen die minutiösesten Details mit Beziehung auf Exhibitenzahl und Registraturbezeichnung vorgeschrieben waren, so daß dem Gerichtshofpräsidium nur die Freiheit gewahrt worden war, die Rubriken des Protokolles „zur Erleichterung der Schreiberei unter Beibehaltung eines gleichen Formates auf Schreibpapier in gehöriger Größe drucken zu lassen".

Gegenüber den strengen Formvorschriften der Rechnungsprüfung bei den sogenannten besseren Gesellschaftsclassen sollte „die Volksclasse" mit den Formen möglichst verschont werden; hier sollte man es sich an einer „den Begriffen des gemeinen Mannes angemessenen Rechnungsart" genug sein lassen und die Rechnung auf die einfachste und kürzeste Art erledigen.

Gerade beim gemeinen Manne scheint aber auch zu Kaiser Josef's Zeit bei der Vormundschaftsrechnung sehr viel unterlassen worden zu sein, selbst wenn hinreichendes Vermögen vorhanden war; mindestens berichtet uns Hauer von mehreren Verordnungen, welche den Kreisämtern die Ueberwachung der Legung und Prüfung der Vormundschaftsrechnungen zur Pflicht machen und den eingeschlichenen Mißbrauch abstellen mußten.

Die Führung des Waisenbuches war im Josefinischen Gesetzbuche allen Vormundschaftsbehörden zur Pflicht gemacht worden [10]); auch über diesen Punkt hatte die Gerichtsinstruction vom 9. September 1785 im 6. Hauptstücke des zweiten Theiles die genauen Bestimmungen vorgeschrieben und ein aus neun Rubriken bestehendes Formulare aufgestellt.

Daß ungeachtet der genau rubricirten Rechnungsprotokolle und Waisenbücher mit gleichem Formate des Papiers und Drucks das Josefinische Gesetzbuch einen Fortschritt bei Behandlung der Waisenrechnungen nicht begründet hat, wird einem österreichischen Praktiker wohl viel leichter einleuchten als Jenen, welche der Praxis der Gerichte fernestehen.

So viel aber kann Jedermann leicht fassen, daß nach der alten guten Art der Rechnungsaufnahme in einer proceßähnlichen Form der Richter zwischen Mangel und Erläuterung entscheiden mußte, während das rein interne Gutachten der Rechnungsofficianten es dem Richter ganz leicht an die Hand gab,

---

[10]) V. Hauptstück, §. 48.

die Rechnung nicht einmal mehr zu lesen, sondern das Gutachten mit Aenderung einiger weniger Worte in ein Decret umzuwandeln, die Geschäftszahl zu erledigen und das eigentliche Geschäft selbst auf andere, zur Entscheidung nicht berufene, Personen zu überwälzen.

IX. Capitel.

Beendigung der Altersvormundschaft.

Eine Vormundschaft kann entweder völlig aufhören, wenn das Bedürfniß derselben wegfällt, oder sie kann blos in der Person des Vormundes enden, ohne daß der Mündel dadurch vormundschaftsfrei würde; im ersteren Falle kann der Mündel vom Vormunde die Uebergabe des Vermögens, und der Vormund vom Mündel die Ausstellung eines Absolutoriums verlangen, wogegen im zweiten Falle, wenn die Vormundschaft blos in der Person des bisherigen Vormundes endet, lediglich die Bestellung eines neuen Vormundes nothwendig wird, der seine Amtswirksamkeit an die seines Vorgängers anzuknüpfen hat.

Wir werden daher in dem vorliegenden Capitel drei Abschnitte unterscheiden: in dem ersten von den Gründen der gänzlichen, — in dem zweiten von den Gründen der Beendigung der Vormundschaft in der Person des bisherigen Vormundes, — und im dritten von den Folgen der beendeten Vormundschaft handeln.

Es empfiehlt sich bei diesem Theile unserer Arbeit, ebenso wie bei der Lehre von den Delationsgründen der Vormundschaft, eine materienweise Abtheilung des Stoffes aus dem Grunde, weil wir bei einer das gesammte Recht jedes Abschnittes umfassenden historischen Darstellung genöthigt wären, stets wieder auf bereits erörterte Punkte zurückzukommen.

1. Gründe einer völligen Beendigung der Altersvormundschaft.

Die wichtigsten Gründe, aus welchen eine Altersvormundschaft sich gänzlich endet, sind: a) Der Tod des Mündels, b) dessen Vogtbarkeit, rücksichtlich Volljährigkeit, und c) die ertheilte Altersnachsicht (venia aetatis); bis Maria Theresia anerkannte das österreichische Recht noch zwei weitere Gründe: d) die Verehelichung des Mündels, und e) dessen Eintritt in den geistlichen Stand und die Ablegung der Ordensprofeß; von Maria Theresia wurde endlich f) auch noch die Ertheilung des Meisterrechtes als weiterer Grund der Endigung der Vormundschaft hinzugefügt.

a) Durch den Tod des Mündels.

Daß der Tod des Mündels die Vormundschaft gänzlich beende, ist eine so selbstverständliche Thatsache, daß schon Donel-

lus sich darüber wunderte, diesen Grund im römischen Rechte speciell aufgeführt zu sehen.

Die romanisirende Gerhabschaftsordnung und mehrere Schriftsteller unserer Periode haben nichtsdestoweniger auch diesen Punkt besonders hervorgehoben [1]).

b) Durch Erreichung des vorgeschriebenen Alters.

Auch bei diesem Punkte können wir uns kurz aufhalten, nachdem wir schon in früheren Abschnitten auf die Entwickelung der österreichischen Altersstermine, ebenso wie auf die einheitliche Natur der österreichischen Altersvormundschaft, hingewiesen haben.

Die Vogtbarkeit, Mündigkeit, Volljährigkeit — diese Worte als Synonyme genommen — trat demnach bald bei beiden Geschlechtern mit dem vollendeten 20., bald blos bei dem männlichen Geschlechte mit dem vollendeten 22. Lebensjahre, und schließlich seit dem Gesetze Maria Theresia's vom 12. April 1753 abermals bei beiden Geschlechtern mit dem vollendeten 24. Lebensjahre ein.

Gemeinrechtlich konnte der Altersstermin in Deutschland über die durch Gewohnheit oder Gesetz erweiterte Grenze nicht ausgedehnt werden; war der Mündel ein prodigus oder ein furiosus, oder lag sonst ein Grund vor, aus welchem selbst ein Volljähriger unter Vormundschaft gestellt werden konnte, dann dauerte wohl auch die Vormundschaft über den Altersstermin hinaus; nur lag dann nicht mehr eine Altersvormundschaft, sondern eine cura prodigi seu furiosi vor.

Particularrechtlich kam es dagegen allerdings auch schon in Deutschland vor, daß der Vater oder auch die vormundschaftliche Behörde die Altersvormundschaft auch noch auf eine gewisse Zeit über den gesetzlichen Altersstermin hinaus anordnen konnten, in welchem Falle — nach einzelnen Particularrechten — die öffentliche Bekanntmachung der verlängerten Vormundschaft vorgeschrieben war [1]).

Das Recht Oesterreichs unter der Enns gehörte zu jenen Particularrechten, nach denen eine Verlängerung der Vormundschaft gestattet war.

Dies bestimmte schon die Polizeiordnung des Jahres 1552; nach diesem Gesetze war zwar das vollendete 20. Lebensjahr für beide Geschlechter nicht ausdrücklich als Vogtbarkeitstermin — expressis verbis — bestimmt worden; doch kann die Verfügung, daß zu diesem Zeitpunkte das Vermögen dem Pupillen eingeant-

[1]) Rudorff III, S. 240; Kraut I, S. 393; Gerhabschaftsordnung, XVI. Titel, §. 1: „Eine jedwede Gerhabschaft endet sich durch des Gerhaben oder Pupillen Tod"; Weingärtler, I. Bd., XXII. Titel, S. 32; Bossius S. 287; Donner I, S. 26.

[1]) Kraut II, S. 171.

wortet werden solle, füglich nicht anders als auf einen Vogtbarkeitstermin gedeutet werden; es war aber weiters nicht nur vorgeschrieben worden, daß die Vermögensübergabe an den Pupillen jedesmal nur mit Rath, Vorwissen und Erkenntniß der Obrigkeit oder des Gerichtes und der Raithändler erfolgen dürfe — wodurch sich schon von selbst die Möglichkeit ergab, mindestens die Wirkungen der erlangten Vogtbarkeit hinauszuschieben —, sondern es war ausdrücklich noch befohlen worden, wenn der Pupille „nicht häußlich und Tugentlicher aigenchafft wär, sondern liederlich und verthunlich gespürt wurde", die Vermögensübergabe an denselben — und hiemit auch die Vogtbarkeit — auf das vollendete 22. Lebensjahr zu verschieben.

Indessen scheint eine weitere Ausdehnung der Altersvormundschaft über das vollendete 22. Lebensjahr nicht statthaft gewesen zu sein, da für den Fall, wenn ein 20- oder 22jähriger oder noch älterer Mensch „gantz verthunlich und sich selbst verschwendlich und verderblich gespürt und befunden wurde" — dessen Versetzung unter Curatel wegen Verschwendung besonders vorgeschrieben war [2]).

Gleiche Grundsätze mit der Polizeiordnung des Jahres 1552 enthielt die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns mit der einzigen Ausnahme, daß sie an Stelle des 20. und 22. Jahres das 22. und 24. Jahr gesetzt hatte [3]).

Die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 bestimmte im Anschlusse an das überlieferte Recht, daß die Gerhabschaft sich zwar (regelmäßig) bei Männern mit dem vollendeten 22., und bei Frauen mit dem vollendeten 20. Lebensjahre ende, allein auch nach diesen vollendeten Jahren sollten jenen Personen, bei welchen ein verschwenderischer und liederlicher Lebenswandel entdeckt wurde, die Güter nicht sogleich eingeantwortet, sondern die Entscheidung der Obrigkeit abgewartet werden [4]).

Die Gerhabschaftsordnung anerkannte daher eine Verlängerung der Altersvormundschaft neben und außer der in diesem Gesetze gleichfalls recipirten cura prodigi [5]), und es unterschied sich dieses Gesetz nur dadurch von der früheren Rechtsentwickelung, daß das Ende der verlängerten Altersvormundschaft nunmehr gar nicht mehr beschränkt wurde, und die Altersvormundschaft fortdauern konnte, ohne in eine cura prodigi übergehen zu müssen.

Durch das Gesetz Maria Theresia's über Majorennitätsjahre-Bestimmung vom 12. April 1753 [6]) wurde die Altersgrenze zwar auf das vollendete 24. Lebensjahr hinausgeschoben, dagegen war die

---

[2]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXIIv.
[3]) Landtafel Oesterreichs ob der Enns, III. Thl., 43. Titel, S. 540.
[4]) Gerhabschaftsordnung, XVI. Titel, §. 2.
[5]) Ebenda, V. Titel, §. 1.
[6]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 757.

Frage, ob die Vormundschaft auch über diesen Termin hinaus verlängert werden könne, nicht speciell beantwortet worden.

Doch kann dieses Stillschweigen nicht dahin gedeutet werden, als seien durch dieses Gesetz die früheren Bestimmungen der Gerhabschaftsordnung aufgehoben worden; vielmehr scheint sich eben zu dieser Zeit die Anschauung stark ausgebildet zu haben, daß die Vogtbarkeit nicht ipso facto schon durch den Ablauf des Termines eintrete, sondern daß sie jedesmal vom Richter besonders ausgesprochen werden müsse.

Donner[7]) erzählt nämlich, daß es in Wien ganz allgemein üblich sei, daß die Pupillen nach vollendetem 24. Lebensjahre um ihre Großjährigkeitserklärung einkommen, und obwohl er zugesteht, daß dies auf dem Lande nicht so genau beobachtet wurde, daß dies an den meisten Orten gar nicht bekannt sei, und daß man hierinfalls kein Gesetz habe, so vertheidigt er dennoch den Gebrauch der Stadt Wien und erklärt ausdrücklich, daß die Minderjährigen bei der Obrigkeit einkommen müssen, um — nach vollendetem 24. Lebensjahre — für vogtbar erklärt zu werden.

Bannizа[8]) endlich fügt ganz allgemein zu dem Satze: „Respectu pupilli tutela non finitur adveniente pubertate, sed majorennitate", den weiteren bei: „Imo et ne tunc quidem ipso jure, sed semper prius exigitur causae cognitio".

An diesen Gerichtsgebrauch und an die demselben entsprechende Doctrin hat sich wohl die Bestimmung des Josefinischen Gesetzbuches angeschlossen, daß der Minderjährige zwar mit der Vollendung des 24. Jahres die Großjährigkeit erreiche, daß aber die Vormundschaftsbehörde erst noch den Mündel auf sein Anlangen für großjährig zu erklären habe.

Durch diese Nothwendigkeit einer jedesmaligen Untersuchung und eines darauf basirten Ausspruches der Vormundschaftsbehörde war schon an und für sich stillschweigend die Zulässigkeit der Verlängerung der Altersvormundschaft anerkannt worden; zudem fügte aber auch das Josefinische Gesetzbuch noch ausdrücklich bei, daß, wenn „Leibes- oder Gemüthsgebrechen den großjährig gewordenen Mündel zur Selbstbesorgung seines Vermögens unfähig machen, die Vormundschaft ungeachtet der erreichten Großjährigkeit über ihn fortgesetzt werden solle". Für diesen Fall war aber nun auch Veröffentlichung der getroffenen Verfügung vorgeschrieben worden[9]).

---

[7]) Donner I, S. 27.

[8]) Bannizа, S. 102.

[9]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 88. Siehe auch die bezogenen Excurse von Pfaff und Hofmann, S. 25. Das Votum des Professors Jelleny über den Entwurf zum erneuerten ersten Theil des (Jos.) Allg. bürgerl. Gesetzbuches hatte ebenfalls schon diesen Punkt gerügt und hervorgehoben, wie unrichtig es sei, die Großjährigkeitserklärung auch noch nach erlangter major aetas zu verlangen.

c) Durch Ertheilung der Altersnachsicht.

Nach dem römischen Rechte galt die Ertheilung der venia aetatis als ein wahrer Act der gesetzgebenden Gewalt, als ein kaiserliches Reservatrecht; seit Constantin sollte die venia aetatis für Männer erst nach dem vollendeten 20., und für Frauen nach dem vollendeten 18. Lebensjahre nachgesucht werden; für die Form des Verfahrens waren genaue Vorschriften erlassen und in Ansehung der venia aetatis bestimmt worden, daß der Minderjährige zwar allerdings die freie Administration seines Vermögens erlangte, daß aber der Verkauf von Grundstücken immer noch an das obrigkeitliche Decret gebunden blieb [1]).

Die deutschen Kaiser übten schon im 13., häufiger aber noch im 14. Jahrhunderte — dieses Reservatrecht des römischen Imperatoren selbst aus und überließen dessen Ausübung auch wohl den Hofpfalzgrafen; dagegen ist es sehr zweifelhaft, ob im Mittelalter den Landesherren dieses Recht zugestanden habe; daß seit der Auflösung des deutschen Reiches alle Landesherren die venia aetatis ertheilten, war die natürliche Folge der erlangten Souveränität.

Die Kaiser hatten sich niemals an eine Minimalgrenze des Alters gebunden, unter welcher die venia aetatis nicht ertheilt werden sollte; als jedoch die Ertheilung der Altersnachsicht in neuerer Zeit vielfach an die Behörden — meistens an die Vormundschaftsgerichte — gelangt war, wurden Minimalgrenzen — vielfach die des römischen Rechtes — vorgeschrieben.

Gemeinrechtlich wurden auch die beschränkten Wirkungen der venia aetatis aus dem römischen Rechte recipirt, wobei freilich dem Regenten vorbehalten blieb, diese Wirkungen zu erweitern; nach einigen Particularrechten dagegen hatte die Altersnachsicht gleiche Wirkungen mit der erreichten Volljährigkeit [2]).

Oesterreich ist Anfangs in diesem Punkte gleichen Schritt mit Deutschland gegangen.

Die Ertheilung der venia aetatis galt als ein Reservatrecht, welches aber freilich schon durch die ganze von uns betrachtete Periode von den österreichischen Landesherren ebenfalls ausgeübt wurde.

Zum Beweise dieser Behauptung kann man sich schon auf die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns vom Jahre 1573 berufen, welche ausdrücklich die Ertheilung der venia aetatis durch den Kaiser und durch den Landesfürsten unterschied [3]), und die

---

[1]) Rudorff III, S. 221—227.

[2]) Kraut II, S. 86 und 186.

[3]) Landtafel Oesterreichs unter der Enns, I. Buch, 24. Titel: „Von den rechtmäßigen Einreden, oppositiones und exceptiones", Fol. 24.

Gerhabschaftsordnung vom 7. Februar 1669 drückte es noch deutlicher aus, daß der Gesetzgeber als Landesherr „einem Pupillen auch noch vor erreichter Vogtbarkeit veniam aetatis ertheilen konnte“ [4]).

Ein bestimmtes Lebensalter, vor welchem die Altersnachsicht nicht ertheilt werden sollte, kannte das österreichische Particularrecht nicht, und in Ansehung des Verfahrens war durch die Gerhabschaftsordnung blos die Einvernehmung der Oberoormundschaft bestimmt worden.

Dagegen wurden durch das letztgenannte Gesetz die Beschränkungen in den Wirkungen der venia aetatis nicht nur aus dem römischen Rechte beibehalten, sondern sogar erheblich erweitert, indem „der gewesten Pupill dennoch nicht befugt sein sollte, von seinen liegenden Gütern, oder da dessen meistes Vermögen in Baarschaft, Capitalien oder anderen köstlichen Mobilien bestände, etwas Merkliches ohne Vorwissen der Obrigkeit auch unter dem Vorwand einer Recompens, zu verschenken oder sonsten zu veralieniren oder zu verschwenden“.

Von den Schriftstellern unserer Periode ist Beckmann hervorzuheben, welcher bestätigt, daß praktisch die Altersnachsicht vor dem 20. Lebensjahre nicht ertheilt zu werden pflegte, sowie daß der Landesfürst auch die gewöhnlichen Beschränkungen nachsehen konnte; ferner Reutter und nach ihm Finsterwalder, welche namentlich die venia aetatis zum Behufe der Testamentserrichtung hervorhoben [5]).

Einen eigenthümlichen Charakter trug das Gesetz Maria Theresia's über die Majorennitätsjahre-Bestimmung vom 12. April 1753; es scheint fast, als ob sich die Kaiserin blos für zwei bestimmte Ausnahmen die Ertheilung der venia aetatis vorbehalten wollte, nämlich für minderjährige Frauenzimmer, welche zur Ehe schritten, und für Männer unter 20, und für Frauen unter 18 Jahren, denen die facultas testandi durch kaiserliche Gnaden eingeräumt werden sollte; in Ansehung aller anderen Personen und in allen anderen Beziehungen sollten dagegen die Bestimmungen des Gesetzes fortdauern und Niemand vor dem vollendeten 24. Lebensjahre die freie Vermögensverwaltung erlangen [6]).

Diese Anschauung sprach auch Vossius [7]) aus, wogegen

---

[4]) Gerhabschaftsordnung, XVI. Titel, §. 3.

[5]) Beckmann unter dem Schlagworte „Venia aetatis“, S. 525; Reutter ad Tab. II, 31 und 32, S. 4, und ad Tab. VII, 12, S. 10; Finsterwalder, II. Buch, Obs. CXII, S. 581.

[6]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, 7. und 8., S. 759.

[7]) Vossius, S. 288: „Finitur tutela . . . venia aetatis impetrata. Per quam tamen pupillus plenam et liberam dispositionem bonorum suorum non adipiscitur, fructibus solis illius dispositioni relictis, usque dum ad perfectam aetatem pervenit.“

Banniza [8]) die Wirkungen der ertheilten venia aetatis blos nach der Gerhabschaftsordnung beurtheilte.

Eine wesentliche Aenderung in dem ganzen Institute bewirkte aber das Gesetz vom 20. August 1768 [9]), durch welches Maria Theresia die Ertheilung der venia aetatis, welche vom Bürgerstande oder von den simpliciter nobilitatis verlangt wurde, den Länderstellen überließ; es war dies das erste Gesetz in Niederösterreich, durch welches die Ausübung des Reservatrechtes an die Behörden gelangt war [10]).

Nach diesem Gesetze blieb die Ertheilung der venia aetatis blos für den Ritterstand und die höheren Adelsgrade ein Reservatrecht des Landesfürsten; dagegen war in demselben weder über den Termin, noch über die Wirkungen der venia aetatis etwas bestimmt worden.

Durch das Hofdecret vom 9. Mai 1785 [11]) wurde die Verleihung der venia aetatis endlich in allen Fällen der Personalinstanz des Mündels eingeräumt, welche nach gepflogener Untersuchung hierüber entscheiden sollte, und diese Bestimmung ging sodann auch in das Josefinische Gesetzbuch über.

Kaiser Josef bestimmte, daß das Gesuch um Altersnachsicht von dem Minderjährigen sowohl, wie von seinen Verwandten und seinem Vormunde überreicht werden könne, und daß der Vormund in allen Fällen darüber einvernommen werden müsse; eine Altersgrenze war nicht vorgeschrieben worden; ebenso aber war nicht mehr von Beschränkungen der Wirkung der Großjährigkeitserklärung die Rede, so daß nunmehr die Altersnachsicht gleiche Wirkungen mit der wirklich erreichten Volljährigkeit hatte [12]).

Zum Schlusse soll noch bemerkt werden, daß sicher die Ausdehnung der Altersgrenze auf 24 Jahre die Erweiterung der Altersnachsicht zur Folge hatte, welche von nun angefangen sehr leicht erlangt werden konnte.

d) Durch Verehelichung des Mündels.

Nach älterem deutschen Rechte hörte die Vormundschaft bei beiden Geschlechtern mit der Verehelichung des Mündels auf [1]);

---

[8]) Banniza, S. 104.

[9]) Codex austr., Suppl.-Bd. IV, S. 1135; Donner I, S. 30.

[10]) Die singulären Bestimmungen der Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns (S. 580), daß der Vater dem Sohne die Jahre nachlassen durfte, und daß auch der Grundherr seine Unterthanen — um einen Stifftsmann zu haben — vor erreichtem Alter für vogtbar erklären durfte, konnten wir in Oesterreich unter der Enns nicht auffinden.

[11]) Nr. 429 J. G. S., S. 30.

[12]) V. Hauptstück, §. 89.

[1]) Kraut II, S. 89.

nach dem Eindringen des römischen Rechtes konnte es streitig sein, ob sich diese Regel gemeinrechtlich auch noch erhalten habe; Kraut bejaht aber diese Frage sowohl in Ansehung des weiblichen als auch des männlichen Geschlechtes [2]).

Das österreichische Recht bis zu Maria Theresia's Gesetz über Majorennitätsjahre-Bestimmung hatte ebenfalls den Grundsatz angenommen, daß die Vogtbarkeit durch die Eheschließung des Mündels bewirkt werde, und diesen Satz in nahezu sämmtlichen Gesetzen für beide Geschlechter ausgesprochen.

Diese Behauptung läßt sich in der That durch eine Reihe von Stellen nachweisen, von denen nur die wichtigsten angeführt werden sollen.

Zuerst waren es die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526, welche bestimmten, daß Jüngling und Jungfrau, wenn sie vor der Vogtbarkeit sich verehelichen — alsbald nach gepflogener Beiwohnung —, für vogtbar gehalten werden sollen [3]).

Walther bestätigte diesen Rechtssatz [4]) mit dem Beifügen, daß die verehelichten Mündel auch dann schon für vogtbar anzusehen seien, „wenn auch die Heyrath mit dem Beyschlaff noch nicht vollzogen wäre", und diese Anschauung machte sich sodann im österreichischen Rechte auch weiter geltend.

Aus Walther's Werke ging dieser Rechtssatz nahezu unverändert in die Landtsordnung Oesterreichs unter [5]) und ob der Enns [6]) über, und auch Suttinger brachte eine Entscheidung, welche das Gewohnheitsrecht in dieser Beziehung bestätigte.

Das Gesetz über die „Vergerhabung und Versorgung" der Pupillen der oberen Stände vom 2. April 1631 (repetirt am 10. November 1634) [7]) wollte die Verheiratung nur bei den Frauenspersonen als Grund der Vogtbarkeit gelten lassen, aber schon die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 stellte wieder das alte Landesrecht her und verfügte, daß die Gerhabschaft sich vor dem regelmäßigen Vogtbarkeitstermine ende, wenn der Pupille, Manns- oder Weibsperson, sich vor demselben verheirate [8]), eine

---

[2]) Kraut II, S. 172.

[3]) Codex austr. II, S. 490.

[4]) Walther, Tractatus aureus, Tract. II, cap. IX (bei Suttinger S. 951).

[5]) Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, III. Buch, II. Titel, Fol. 213.

[6]) Landtsordnung für Oesterreich ob der Enns, IV. Theil, III. Titel, S. 609; Suttinger unter dem Schlagworte „Weiber Testament", S. 805, daß einer Jungfrau Testament, welches sie im 17. Jahre ihres Alters errichtet hatte, für kräftig erkannt wurde, weil die Jungfrau schon in Heirat gestanden und also ex hoc für vogtbar gehalten wurde.

[7]) Codex austr. II, S. 187, und Suttinger unter dem Schlagworte „Pupillen", S. 628.

[8]) Gerhabschaftsordnung, XVI. Titel, §. 4.

Bestimmung, auf welche sich sodann alle Schriftsteller unserer Periode bezogen [9]).

In dem Gesetze Maria Theresia's über Majorennitätsjahre-Bestimmung wurde dieser Rechtssatz zuerst aufgehoben; weder Männer noch Frauen sollten durch die erfolgte Verehelichung vor dem vollendeten 24. Lebensjahre großjährig werden, und nur in Ansehung der Frauen hatte sich der Gesetzgeber vorbehalten, etwa erforderliche Dispensen eintreten zu lassen [10]).

Kaiser Josef behielt, im Anschlusse an dieses Gesetz, den gleichen Grundsatz bei und hob ausdrücklich hervor, daß die Verehelichung von der Vormundschaft nicht befreie [11]).

Gleichwohl hatte dieser Grundsatz im Josefinischen Gesetzbuche nicht mehr die gleiche Wirkung wie früher, da die Ertheilung der Altersnachsicht an die Vormundschaftsbehörden übertragen worden war und die Volljährigkeit anläßlich der Verehelichung auf diesem Wege leicht erreicht werden konnte, umsomehr, da ein Minimalalter zur Ertheilung der venia aetatis nicht vorgeschrieben worden war.

Die Literatur, welche dem Majorennitätsjahre-Bestimmungsgesetze nachgefolgt ist, enthält über diesen Punkt nichts Wesentliches [12]).

e) Durch den Eintritt des Mündels in den geistlichen Stand oder durch Ablegung der Ordensprofession.

Zuerst hatte das oben bezogene Gesetz über Pupillenvergerhabung und -Versorgung vom 2. April 1631 — aber blos für unvogtbare Frauen der oberen Stände — bestimmt, daß dieselben, wenn sie sich „in den geistlichen Stand verliebt haben", für vogtbar gehalten werden sollen [1]), und erst die Gerhabschaftsordnung dehnte dies auch auf die männlichen Pupillen aus, indem sie bestimmte, daß die Gerhabschaft sich endige, wenn ein Pupille, Manns- oder Weibsperson, im geistlichen Stande wirklich Profeß gethan hätte [2]).

---

[9]) Weingärtler, S. 32; Reutter ad Tab. II, 33, S. 4; Finsterwalder, II. Buch, Obs. CXII, S. 582, der sich hiebei auf Walther's nicht gedrucktes Werk „De jure consuetudinario" lib. 3, tit. 2, n. 10, beruft; Beckmann unter dem Schlagworte „Tutela", S. 516.

[10]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 759.

[11]) V. Hauptstück, §. 87.

[12]) Banniza, S. 105, führt die Verehelichung auch als Grund der Volljährigkeit an, obwohl er nach dem Majorennitätsgesetze Maria Theresia's schrieb; er begründete seine Anschauung damit, daß die Tutel der minderjährigen Ehefrau auf den Mann als gesetzlichen Vormund übergehe und übersah dabei, daß denn doch von einer gänzlichen Beendigung der Vormundschaft nicht mehr die Rede sei; Grenek, S. 278; Bossius, S. 288, der die Abänderung der Gerhabschaftsordnung ausdrücklich erwähnte.

[1]) Codex austr. II, S. 187.

[2]) Gerhabschaftsordnung, XVI. Titel, §. 4.

Diese Bestimmung wurde abermals durch das Gesetz über Majorennitätsjahre-Bestimmung aufgehoben, da nach demselben Geistliche und Weltliche erst mit dem vollendeten 24. Lebensjahre die Großjährigkeit erlangen sollten [3]), welche Bestimmung durch das Gesetz vom 17. October 1770 dahin ausgedehnt wurde, daß Niemand vor vollendetem 24. Lebensjahre die Ordensprofeß ablegen durfte [4]).

Dieser Grundsatz ist auch durch das Josefinische Gesetzbuch nicht abgeändert worden.

f) Durch die Erlangung des Meisterrechtes.

Schon das Gesetz über Minorennenschuldeneinschränkung vom 26. Februar 1751 hatte für die Professionisten und Personen vom Handwerksstande eine Ausnahme gemacht und bestimmt, daß dieselben gleich nach erreichter Vogtbarkeit — also nach vollendetem 22. Lebensjahre — ohne gerichtliche Zustimmung Contracte schließen können, und den Magistraten und anderen Instanzen wurde nur befohlen, den genannten Personen nicht ohne genaue und sorgfältige Prüfung ihrer Eigenschaften die Führung einer Handlung und die Ausübung einer Profession zu gestatten [1]).

An diesem Gesetze wollte das Majorennitätsgesetz vom 12. April 1753 nichts ändern; es wurde vielmehr bestimmt, daß die Meisterwerdung die Großjährigkeit in sich schließe, und daß nur die Magistrate hiebei vorsichtig vorgehen und das Meisterrecht nicht leicht an Leute vor dem vollendeten 20. Lebensjahre verleihen sollten [2]).

Donner hat mit Unrecht in der Verleihung des Meisterrechtes durch den Magistrat eine venia aetatis erblicken wollen, da ja doch nicht die Altersnachsicht, sondern nur das Meisterrecht von dem Magistate ertheilt. wurde, mit welchem Meisterrechte ipso facto die Großjährigkeit verbunden worden war [3]).

Das Josefinische Gesetzbuch hat diesen Grund der Beendigung der Vormundschaft nicht mehr recipirt; vielmehr mußte hier ebenso wie bei der Verehelichung der Pupillen das der Vormundschaftsbehörde eingeräumte Recht, die Altersnachsicht zu ertheilen, vermittelnd eintreten.

Auch bei dem Beendigunsacte der Vormundschaft hatte sich abermals der polizeiliche Geist des Josefinischen Gesetzes gezeigt, indem sich von allen Endigungsarten der Vormundschaft nur mehr

[3]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 757.
[4]) Ebenda, Suppl.-Bd. IV, S 1379.
[1]) Ebenda, Suppl.-Bd. III, S. 560.
[2]) Ebenda, S. 757.
[3]) Donner I, S. 30.

die Erlangung des physischen Alters und die Altersnachsicht erhalten hatten und die physische Großjährigkeit selbst wieder an eine Großjährigkeitserklärung durch die Gerichte gewiesen worden war, welche nach freiem Ermessen den Altertermin hinausschieben konnten.

2. Endigung der Vormundschaft in der Person des bisherigen Vormundes.

Die Gründe, welche hieher gehören, so daß sich die Vormundschaft blos in der Person des Vormundes endigt, ohne daß der Pupille zugleich vormundschaftsfrei wird, scheiden sich in zwei Classen: einige Gründe bewirken ipso facto die Aufhebung der Gerhabschaft, andere sollen oder können den Richter bestimmen, den bisherigen Vormund zu entlassen oder zu entheben.

Zu den ipso facto wirkenden Gründen rechnen wir: a) den Tod des Vormundes; b) dessen (absolute) Unfähigkeit; c) den Eintritt eines Endtermines oder eine Resolutivbedingung, unter welcher der Vormund ernannt worden war; d) die Wiederverehelichung der Mutter oder Großmutter, welche als Vormünderin bestellt worden war; e) nach dem von Maria Theresia am 12. April 1753 erlassenen Gesetze bis zum Josefinischen Gesetzbuche auch noch die Verehelichung einer minderjährigen Frau mit einem volljährigen Manne; und f) nach dem Josefinischen Gesetzbuche auch die Adoption des Mündels.

Die Enthebung des Vormundes durch ein obrigkeitliches Decret konnte aus mehrfachen Gründen erfolgen; wir werden in erster Linie g) von der Entlassung des unwürdigen Vormundes, und sodann h) von den anderen Gründen handeln, aus welchen der Richter den Vormund entlassen mußte oder entlassen konnte.

a) Durch den Tod des Vormundes.

Daß der Tod des Vormundes die Vormundschaft beende, ist ebenso selbstverständlich, als daß dies durch den Tod des Mündels geschehe; von einer Vererbung der Vormundschaft, welche ja stets durch die ganze von uns betrachtete Periode als ein Amt angesehen wurde, konnte wohl nie die Rede sein; daß mit der Unvererblichkeit des vormundschaftlichen Amtes die Vererbung der bereits aus dem vormundschaftlichen Amte entsprungenen Rechte und Verbindlichkeiten des Vormundes an dessen Erben sehr wohl vereinbar sei, ist wohl von selbst klar [1]).

Die älteren österreichischen Rechtsquellen — die Polizeiordnung des Jahres 1552 [2]) und insbesondere die Gerhabschaftsordnung

[1]) Rudorff III, S. 233; Kraut I, S. 198.
[2]) Polizeiordnung, Fol. XXII.

vom 18. Februar 1669 [3]) — hoben diesen Endigungsgrund der Vormundschaft ausdrücklich hervor, und diesem Vorbilde folgten mehrere österreichische Schriftsteller [4]).

Das Josefinische Gesetzbuch hat aber diesen selbstverständlichen Grund der Endigung der Vormundschaft mit Stillschweigen übergangen.

b) Durch Unfähigkeit des Vormundes.

Das römische Recht anerkannte in der maxima und media capitis deminutio ipso jure wirkende Endigungsgründe der Vormundschaft; selbst die minima capitis deminutio übte auf die legitimae tutelae und curationes ursprünglich den gleichen Einfluß aus [1]); nach dem älteren deutschen Rechte erlosch das Amt des Vormundes ebenfalls ipso jure durch dessen eingetretene Unfähigkeit [2]).

Im österreichischen Rechte unserer Periode konnten wir nirgends Stellen finden, welche von einer ipso jure eintretenden Endigung der Vormundschaft durch Unfähigkeit des bisherigen Vormundes handelten; es lag auch das Bedürfniß hiezu nicht so sehr vor, da die Aufsicht der Obervormundschaft und deren gesteigerte Officialthätigkeit einerseits ein Einschreiten derselben überall, wo sich die Nothwendigkeit zeigte, den Vormund vom Amte zu entfernen, möglich machte, und da andererseits es der Idee der richterlichen Confirmation jeder Vormundschaft entsprach, die Prüfung der Unfähigkeit auch der Obervormundschaft zu überlassen.

Indessen möchten wir aus diesem Stillschweigen der Quellen denn doch nicht mit Bestimmtheit behaupten, als ob niemals eine Vormundschaft wegen Unfähigkeit des Vormundes sich nach österreichischem Rechte ipso jure enden konnte.

Ein so hervorragender Schriftsteller wie Bossius wollte sogar Deportation, Relegation, Infamia und lebenslängliche Einkerkerung des Vormundes ausdrücklich als ipso jure wirkende Endigungsgründe der Vormundschaft bezeichnet haben; freilich mußte aber auch dieser Schriftsteller gestehen, daß sich positive Gesetzesstellen nach österreichischem Rechte für seine Behauptung nicht finden ließen.

c) Durch den Eintritt eines Endtermines oder eine Resolutivbedingung.

Nach römischem Rechte konnte die Bestellung eines Tutors in einem Testamente zwar allerdings sub conditione oder ad

[3]) XVI. Titel, §. 1.
[4]) Weingärtler, S. 32; Bossius, S. 287; Donner, S. 26.
[1]) Rudorff III, S. 232.
[2]) Ebenda III, S. 232.

diem erfolgen [1]); dagegen war die richterliche Bestellung eines Tutors ganz nichtig, wenn derselben eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung hinzugefügt worden war [2]).

Die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 war in dem ersten Punkte sichtlich dem römischen Rechte gefolgt und hatte ausgesprochen, daß, „wenn ein Gerhab mit gewissen Beding oder auf eine gewisse Zeit in einem letzten Willen verordnet worden sei, nach auffgehebtem Beding oder verloffener Zeit die Testamentarische Gerhabschafft erloschen sei“ [3]).

Uns scheint aber auch, daß schon nach dem früheren Rechte dasselbe in Oesterreich gegolten habe, was die Gerhabschaftsordnung speciell ausgesprochen hatte; denn die Polizeiordnung des Jahres 1552 schon und noch weiter zurück die Wiener Freiheiten vom Jahre 1526 und das Innsbrucker Libell vom Jahre 1518 hatten die testamentarische Vormundschaft so sichtlich aus dem römischen Rechte übernommen, daß nicht zu zweifeln ist, daß auch die einzelnen Rechtssätze, welche sich auf diesen Delationsgrund bezogen, gleichfalls recipirt wurden.

Auch für das Josefinische Gesetzbuch sind wir geneigt, anzunehmen, daß der Testator giltig den Vormund sub conditione und ad diem bestellen konnte, da gar nicht abzusehen ist, warum der so maßgebende Wille des Vaters sich nicht selbst eine Beschränkung hätte auflegen können.

Weingärtler [4]) und Vossius [5]) schlossen sich einfach an den Wortlaut in dieser Beziehung an; Bannizа endlich reihte an die gleiche Behandlung dieser Frage die Behauptung an, daß nach gegenwärtigem Rechte auch den Obrigkeiten das Recht zustehen müsse, einen Vormund auf eine bestimmte Zeit oder unter einer Resolutivbedingung zu ernennen; er wollte dies daraus schließen, daß die Quelle des österreichischen Vormundschaftsrechtes blos im deutschen Rechte zu suchen sei, daß demnach von dem Verbote des römischen Rechtes, einen Vormund durch ein richterliches Decret ad diem oder sub conditione zu ernennen, nicht mehr die Rede sein könne [6]).

So müssig im Grunde diese Erörterung auch ist, und so wenig praktische Bedeutung sie in Anspruch nehmen kann, glauben wir dennoch auch, daß der eben bezogene Satz des römischen Rechtes bei uns nicht Geltung erlangte, und daß die Obrigkeit

---

[1]) Rudorff III, S. 232.
[2]) Ebenda I, S. 440.
[3]) XVI. Titel, §. 5.
[4]) Weingärtler, S. 33.
[5]) Vossius, S. 289.
[6]) Bannizа, S. 110.

allerdings einen Vormund auf die angegebene beschränkte Art ernennen konnte.

d) Durch Wiederverehelichung der als Vormünderin bestellten Mutter oder Großmutter.

Nach römischem Rechte erlosch nicht nur ipso jure die Vormundschaft der Mutter oder Großmutter, wenn dieselben zur zweiten Ehe schritten, sondern es trafen diese Personen in solchem Falle sogar die Strafen des Meineides, wenn sie es unterließen, den Kindern und Enkeln einen Vormund zu erbieten, wenn sie diesem nicht Rechnung legten oder die reliqua nicht restituirten [1]).

Dieser Grundsatz galt auch in Oesterreich; schon die Polizeiordnung vom Jahre 1552 erklärte, „daß die Mutter von der stund an der Gerhabschaft bemüssigt sei, sobald sie zur zweiten Ehe schreiten würde“ [2]), und die Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1669 sprach es abermals aus, „daß einer leiblichen Mutter Gerhabschaft sich ende, wenn sie zur ferneren Ehe schreite“ [3]).

Auch die Schriftsteller dieser Periode stimmten darin überein, daß die Wiederverehelichung der Mutter die Gerhabschaft ipso jure beende [4]).

Kaiser Josef bestätigte im Allgemeinen in diesem Punkte das überlieferte Recht; die Mutter sollte, solange sie im Witwenstande lebte, ein Anrecht auf die Vormundschaft ihrer Kinder haben, und es erlosch nicht nur dieser Anspruch, wenn sie sich früher zum zweitenmale verehelicht hatte, sondern sie mußte auch die bereits überkommene Vormundschaft sogleich abtreten, wenn sie zur zweiten Ehe geschritten war; nur insoferne enthielt das Josefinische Gesetzbuch eine Milderung des hergebrachten Rechtes, daß es der Mutter gestattet sein sollte, im Falle ihrer Wiederverehelichung eine besondere Bewilligung der Vormundschaftsbehörde zur Führung der Vormundschaft nachzusuchen, und es konnte diesem Ansuchen willfahrt werden, wenn der neue Ehemann sich herbeiließ, im Falle, daß die Mutter nicht hinreichend vermöglich war, das Waisengut neben ihr zu versichern [5]).

Auch hier sehen wir im Josefinischen Gesetzbuche die Quelle unseres geltenden Rechtes.

---

[1]) Rudorff III, S. 240.

[2]) Polizeiordnung, Fol. XXIv.

[3]) Gerhabschaftsordnung, III. Titel, §. 4, und XVI. Titel, §. 6.

[4]) Weingärtler S. 19; Beckmann unter dem Schlagworte „vidua“, S. 536; Bossius S. 289; Baunitza, S. 110; Donner I, S. 10, der übrigens bezeugt, daß schon vor dem Josefinischen Gesetzbuche die Mutter öfter, ungeachtet der Wiederverehelichung, die Vormundschaft über ihre Kinder behielt.

[5]) V. Hauptstück, §§. 11 und 12.

e) Durch Verehelichung einer minderjährigen Frau mit einem volljährigen Manne.

Maria Thereſia hatte in dem oftbezogenen Patente vom 12. April 1753 über Majorennitätsjahre-Beſtimmung gleichzeitig mit der Verfügung, daß die Verehelichung eines Mündels nun nicht mehr deſſen Volljährigkeit zur Folge haben ſolle, die weitere Beſtimmung getroffen, daß, wenn eine Pupillin ſich mit einem majorennen Manne vereheliche, die bis dahin über ſie geführte Gerhabſchaft aufhöre und ſelbe bis zur erreichten, neu feſtgeſtellten Großjährigkeit unter der Curatel ihres Ehegatten ſtehen ſolle, und es iſt keinem Zweifel unterworfen, daß dieſer Endigungsgrund der bisherigen Vormundſchaft ipso jure wirkte [1]).

Kaiſer Joſef hob aber — wie bereits geſagt — dieſe Beſtimmung wieder auf und verfügte, daß es in dieſem Falle von der Behörde abhänge, einer ſolchen Frau die vorige Vormundſchaft zu laſſen oder dieſelbe ihrem Ehegatten aufzutragen [2]).

Somit war in dieſem Falle von einer ipso jure eintretenden Beendigung der Vormundſchaft nach dem Joſefiniſchen Geſetzbuche nicht mehr die Rede.

f) Durch Adoption des Mündels.

Daß das öſterreichiſche Recht des 17. Jahrhunderts die Adoption des römiſchen Rechtes angenommen hatte, läßt ſich aus manchen Stellen erſehen; ſchließlich beſtimmte das Geſetz über das Inteſtaterbrecht vom 28. Mai 1720 noch beſonders die Form einer vollgiltigen Adoption. Immer muß es aber ſehr zweifelhaft ſein, ob ſchon damals die väterliche Gewalt, beziehungsweiſe die väterliche Vormundſchaft, auf den Adoptivvater übergegangen iſt [1]).

Auch die Schriftſteller, namentlich Weingärtler [2]) und Voſſius [3]), konnten uns in dieſer Beziehung nicht vollſtändig aufklären.

Das Joſefiniſche Geſetzbuch löſte endlich in dieſer Beziehung jeden Zweifel, indem es verfügte, daß, wenn das Wahlkind vor der Adoption bereits unter Vormundſchaft geſtanden ſei, der Vormund dieſelbe dem Wahlvater abtreten müſſe [4]).

Da übrigens die Adoption in dieſem Falle mit Genehmigung der Vormundſchaftsbehörde erfolgen mußte, ſo lag in der Genehmigung der Adoption implicite ſchon die Endigung der Vormundſchaft in der Perſon des bisherigen Vormundes.

---

[1]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 789, 7tens.
[2]) V. Hauptſtück, §. 87.
[1]) Codex austr., Suppl.-Bd. I, III. Titel, §§. 1 und 3, S. 960.
[2]) Weingärtler, S. 16.
[3]) Voſſius, S. 68.
[4]) Joſefiniſches Geſetzbuch, IV. Hauptſtück, §. 29.

Daß eine nicht förmliche Adoption — ohne Consens des Landesfürsten, beziehungsweise der Obrigkeit — die Gewalt über das Kind auf den Wahlvater in keinen Falle übertrug, geht ebenfalls aus dem obbezogenen Intestaterbrechtsgesetze hervor.

g) Durch ein Decret der Obervormundschaft wegen Unwürdigkeit des Vormundes.

Sowohl das römische als das deutsche Recht enthielten über diesen Punkt eingehende Bestimmungen.

Nach römischem Rechte entsprach die excusatio — postulatio — actio suspecti tutoris seu curatoris dem gleichnamigen Verbrechen; dem deutschen Rechte entstammte das „Valmunden" des unwürdigen Vormundes.

Nach römischem Rechte konnte der Pflegebefohlene selbst — wenn er persönlich die erforderliche Fähigkeit besaß — z. B. ein mündiger Minderjähriger — die Klage anstrengen; war der Pflegling selbst zu klagen unfähig, so galt dann die Klage als Popularklage, welche Jeder aus dem Volke erheben konnte, der überhaupt im fremden Namen klagen durfte; endlich hatte das römische Recht gerade bei diesem judicium zu Gunsten des Pupillen eine Ausnahme von seinem Principe gemacht und den Inquisitions- neben dem gewöhnlichen Accusationsprocesse gestattet.

Die Klage richtete sich nur gegen solche Vormünder, welche Administrationsrechte hatten, ohne aber weiter zwischen testamentarischen, gesetzlichen und richterlichen Tutoren einerseits, und zwischen Tutoren und Curatoren andererseits einen Unterschied zu machen.

Den allgemeinen Grund der Klage bildete die Verdächtigkeit des Vormundes, und verdächtig war der Vormund, wenn er sein officium, seine fides und die dem Pflegtinge schuldige Sorgfalt in der Verwaltung des Vermögens entweder wirklich hintansetzte oder hintanzusetzen schien.

Daß dolus oder dolus und lata culpa unerläßlich nothwendig waren, um die Remotion des Tutors zu begründen, läßt sich allgemein nicht behaupten; es kam Alles vielmehr darauf an, daß die Unfähigkeit des Vormundes zur ferneren Vermögensverwaltung ob seiner persönlichen schlechten Eigenschaften constatirt wurde, und dieser Beweis konnte durch den Nachweis des fortwährenden Mangels der diligentia eines fleißigen Hausvaters gewiß geführt werden.

Die Remotionsgründe zu beurtheilen, war dem Ermessen des Richters überlassen worden; doch hatten die Quellen einzelne besondere Gründe speciell hervorgehoben und unter dieselben Ademtion der Tutel durch Bestechung der Unterbeamten des Prätors oder sonstiges Zudrängen zur Tutel — Cessation

oder Contumacia in der Verwaltung — verweigerte Cautionsleistung, unterlassene Inventur, verweigerte Alimentation des Pfleglings, Veräußerung des Pupillengutes ohne Decret, versäumte Deposition des baaren Geldes oder unterlassener Ankauf von Grundstücken, unvorsichtige Ausschlagung einer vortheilhaften Erbschaft, verweigerte oder verzögerte Defension des Pfleglings — gerechnet.

Der nächste Zweck des condemnirenden Erkenntnisses war die Remotion des Vormundes; die wirkliche Administration wurde aber dem Vormunde schon früher — und zwar am Beginne der förmlichen cognitio — weggenommen und dem zugleich bestellten Interimscurator übertragen; das jus tutelae et curationis ging meist erst durch die Bestellung des neuen richterlichen Vormundes unter.

Als Nebenstrafen kamen Infamia oder selbst peinliche Strafen vor; diese sowohl wie die alte Form des Verfahrens können wir wohl mit Stillschweigen übergehen [1]).

Nach älterem deutschen Rechte konnte der Vormund ebenfalls zur Strafe abgesetzt — gebalmundet —, das heißt für einen schlechten Vormund erklärt werden; namentlich waren es Treueverletzungen, wegen deren der Vormund gebalmundet werden durfte.

Nach dem Eindringen des römischen Rechtes in Deutschland verloren sich die heimischen Grundsätze über das „Balmunden" und an deren Stelle traten — wiewohl mit manchen Modificationen — die Grundsätze des römischen Rechtes über die Remotion des tutor suspectus.

Zu diesen Modificationen zählen wir nicht blos die veränderten Competenzbestimmungen, sondern in erster Linie den Umstand, daß der Inquisitionsproceß — welchen das römische Recht nur ausnahmsweise gestattet hatte — nunmehr in Deutschland bei dieser Klage die Regel bildete.

Dies hatte schon die Reichspolizeiordnung von 1577 — im 32. Titel, §. 3 — vorgeschrieben und verfügt, daß „alle und jede Obrigkeit vermög göttlichem und — Keyserlichem Gebott sonders fleißiges Aufsehens zu thuen, aus tragenden Ampt sich schuldig erkennen und darumb keines Vormünders Fahrläßigkeit, noch weniger Vervortheilung bey seinem Pflegkind oder dessen Gütern ungestrafft hingehen lassen solle" [2]).

Das österreichische Recht hatte im 16. und 17. Jahrhunderte die Bestimmungen des römischen Rechtes über die actio suspecti tutoris mit den in Deutschland gewöhnlichen Modificationen ebenfalls recipirt; dies beweisen sowohl die Polizeiordnung

---

[1]) Rudorff III, S. 176—204.
[2]) Kraut I, S. 397—405.

des Jahres 1552, als auch die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns von 1609, und die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669.

Die Polizeiordnung schon bestimmte, daß der Gerhab als verdächtig der Gerhabschaft entsetzt werden solle, wenn er kein Inventarium errichtet, beziehungsweise dasjenige, „was nach aufrichtung solches Inventarij erkhaufft, erfragt, ererbt oder mit Recht überkommen wurde", nicht zu dem Inventarium gebracht und den Raithändlern zur Eintragung in das Raitbuch nicht angezeigt hatte[3]); eben dieses Gesetz verlangte die Entsetzung des Gerhaben „als verdächtig, wenn er keine Rechnung legte", und ganz allgemein war endlich gesagt worden, daß die Entsetzung des Vormundes platzgreifen könne, wenn der Gerhab „dem Pupillen übel, verdächtlich und schädlich gehauset oder in dieser Beziehung einen schweren Verdacht auf sich geladen hätte"[4]).

Was die Form des Verfahrens betrifft, so bestimmte die Polizeiordnung — im Anschlusse an das römische Recht und an die bezogene Reichspolizeiordnung vom Jahre 1548, „daß dem Vormunde — noch vor der Urtheilsschöpfung — die Administration und verwaltung der Gütter in verpott gelegt werde", und daß sodann „in sachen gepürlich und nothwendig, doch fürderliche Inquisition, nachfrag und erkhundigung, auch besichtigung der Guetter gehalten und volgends darauf nach gestalt und gelegenhait der sachen der Pupillen notturfft durch die Obrigkhait fürgenommen, verordnet und gehandlet, und darynn khain saumbnuß, verzug noch verlengerung gebraucht noch gestattet werden solle"[5]).

Analoge Bestimmungen enthielt die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns.

Die Gerhabschaftsordnung widmete den 15. Titel den „verdächtigen Gerhaben" und trug noch mehr den Charakter einer Reception des römischen Rechtes als die bezogene Polizeiordnung.

Das Ermessen der Obrigkeit — „der Obrigkeit gutdünken" — sollte im Allgemeinen über die Entsetzung der verdächtigen Gerhaben entscheiden; zwar waren als specielle Gründe, aus denen auf Remotion zu erkennen war, mehrere Fälle aufgezählt worden: „wenn sich ein Gerhab durch Geschänke oder andere unziemliche Mittel zur Gerhabschafft eingetrungen; wenn er kein Inventarium auffgerichtet, die Pupillen übel aufferzogen, mit des Pupillen guet betrüglich und eigennutzig gehandlet, dasselbe ohne Noth oder gerichtliche Verwilligung (in denen Fällen, wo selbige vonnöthen) verkhaufft oder sonsten veräußert, und die Steuern und andere

---

[3]) Fol. XXv.
[4]) Fol. XXI.
[5]) Fol. XXII.

Lands-Anlagen anwachsen gelassen hat" —, allein es wurde noch ausdrücklich hinzugefügt, „daß umb dieser und dergleichen Ursachen willen" ein Gerhab entsetzt werden könne, so daß es feststeht, daß die eben angeführten Remotionsgründe nur beispielsweise aufgezählt worden waren [6]).

Den Befreundeten und Mitgerhaben war zwar aufgetragen worden, „hierauff (auf solche Remotionsgründe) fleissige Obsicht zu haben und es der Obrigkeit anzuzeigen"; allein auch abgesehen von dieser Anzeigepflicht der Befreundeten und Mitgerhaben des Mündels, wurde es den Obrigkeiten eingebunden, „daß sie von sich selbsten auf der Gerhaben Handlungen fleißig Achtung geben sollen".

Wenn sich nun „ein starker Verdacht der ungetreuen Gerhabschafftsverwaltung glaubwürdig bey einem oder anderen Gerhaben ereignet hätte, so sollte ihm (vor Allem) die Verwaltung biß zur Erfindung des eigentlichen Grundes verbotten und in Sachen gantz fürderliche Nachfrag auch Besichtigung der Güter gehalten, und wenn es sich also befunden, der untreue Gerhab darauff nach Beschaffenheit der Sachen bestrafft, der Gerhabschafft entsetzt und zur Erstattung deß dem Pupillen verursachten Schadens ernstlich angehalten werden" [7]).

Die österreichischen Schriftsteller, welche der Gerhabschaftsordnung unmittelbar nachgefolgt sind — Weingärtler [8]) und Beckmann [9]) —, wußten über diesen Gegenstand nicht viel mehr als der bezogene Text der Gerhabschaftsordnung zu bringen; dagegen schwand im 18. Jahrhunderte schon die Bedeutung der actio suspecti tutoris in ihrer speciell erhaltenen und überlieferten Form, weil sich die Anschauung immer mehr Geltung verschafft hatte, daß die Obrigkeit jeden Vormund — wenn es ihr im Interesse des Pupillen gelegen erschien — jederzeit und ohne den Nachweis einer Schuld abwarten zu müssen, entfernen könne — eine Ansicht, welche es ganz entbehrlich machte, neben dieser großen discretionären Gewalt der Obrigkeit die accusatio suspecti tutoris speciell hervorzuheben.

Vossius [10]) blieb zwar noch ganz auf dem Boden der Gerhabschaftsordnung; allein Donner [11]) hatte dieses Gesetz schon offenbar mißverstanden, wenn er meinte, daß ein wegen Verdächtigkeit entlassener Vormund niemals für unehrlich erklärt werden könne, weil es ja ein bloßer Verdacht sei, um dessenwillen

---

[6]) XV. Titel, §. 1; vergl. außerdem IV. Titel, §. 1; VIII. Titel, §. 7.
[7]) XV. Titel, §. 2.
[8]) Weingärtler, S. 44.
[9]) Beckmann unter dem Schlagworte „Tutela", S. 576.
[10]) Vossius, S. 290.
[11]) Donner, S. 26.

ein Vormund in einem solchen Falle entlassen werde; Banniza[12]) endlich stand mit seiner Anschauung, daß der Vormund jederzeit entlassen werden könne, „quotiescumque principi aut magistratui, utpote supremis tutoribus, justa adesse causa videbitur", schon so sehr auf dem Boden eines nicht weiter begrenzten richterlichen Ermessens, daß es in der That zu wundern ist, daß dieser Gelehrte „des verdächtigen Gerhaben" noch insbesondere gedachte[13]).

Das Josefinische Gesetzbuch hatte allerdings noch den Grundsatz ausgesprochen, daß ein Vormund, welcher einer üblen Verwaltung oder einer Untreue überwiesen würde, der Vormundschaft zu entsetzen sei, daß dagegen, so lange nur ein Verdacht gegen den Vormund obwalte, das Gericht blos Sicherstellungsmittel ergreifen solle, um den Mündel zu versichern; allein es hatte dieses Gesetz das richterliche Ermessen bei der Ernennung und bei der Confirmation der Vormünder so erheblich gesteigert, daß an dem Rechte der Obervormundschaft, den Vormund auch ohne eine förmliche accusatio tutoris suspecti zu entsetzen, nicht gezweifelt werden kann[14]).

h) Entsetzung des Vormundes aus anderen Gründen.

Die Gründe, aus denen ein Vormund — ohne sein Verschulden — enthoben werden konnte, werden wir zumeist in den excusationes necessariae et voluntariae, in der potioris nominatio, und endlich in dem Streite um das nähere Recht zur Vormundschaft suchen müssen.

Da wir aber von diesen Gegenständen schon oben bei der Lehre von der Entstehung der Vormundschaft gehandelt haben, so können wir uns in dieser Beziehung auf das Obgesagte einfach berufen.

Besonders wollen wir noch erinnern — was wir ebenfalls schon oben erörtert haben —, daß ein vogtbar gewordener Bruder seine Bestellung zum Gerhaben seiner minderjährigen Geschwister und die Enthebung des bisherigen Gerhaben begehren konnte[1]), und daß die Mutter — welcher die Vormundschaft ja nur auf ihr Verlangen übertragen werden durfte — jederzeit berechtigt war, ihr Amt als Vormünderin niederzulegen.

Das weiter ausgedehnte Ermessen des Richters nach dem Josefinischen Gesetzbuche in diesem Punkte haben wir ebenfalls schon früher betont.

---

[12]) Banniza, S. 111.
[13]) Ebenda, S. 107.
[14]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §§. 74 und 90.
[1]) XVI. Titel, §. 7.

3. Von der Wirkung der beendeten Vormundschaft.

Ebenso wie sich die Beendigungsarten der Vormundschaft auf zwei Hauptclassen zurückführen lassen, ebenso ist dies bei den Wirkungen der beendeten Vormundschaft der Fall; im Allgemeinen ergibt sich bei einer gänzlichen Beendigung der Vormundschaft die Nothwendigkeit der Uebergabe des Vermögens an den ehemaligen Mündel oder dessen Erben, wogegen im Falle, wenn sich die Vormundschaft blos in der Person des bisherigen Vormundes endet, lediglich die Bestellung eines neuen Vormundes geboten erscheint.

Da wir aber von der Vormundschaftsbestellung schon oben gehandelt haben, und es in dieser Beziehung unerheblich ist, ob der erste, zweite oder dritte Vormund bestellt wurde, so werden wir daher in diesem Abschnitte nur von der Uebergabe des Mündelvermögens nach beendeter Vormundschaft zu sprechen haben.

Nach der Polizeiordnung des Jahres 1552 durfte auch an einen Vogtbaren das Vermögen erst in Gemäßheit einer obervormundschaftlichen Genehmigung überantwortet werden, da ja dieses Gesetz vorgeschrieben hatte, daß auch an einen 20 oder selbst 22 Jahre alten Pupillen dessen Vermögen (Erbschaft) nicht anders als „mit Rath, vorwissen und erkhantnuß der Obrigkheit oder Gerichts und der Raithandler übergeben werden dürfe“ [1]).

Die Uebergabe des Vermögens selbst sollte zwar nach diesem Gesetze durch den Vormund persönlich erfolgen; allein es kann keinem Zweifel unterliegen, daß damals das Vermögen der unterthänigen Waisen meistens bei Handen der Grund- und Vogtobrigkeit erlag, und daß dasselbe auch in Ansehung der Pupillen der Stadt Wien beobachtet wurde.

Zum Beweise dieser Behauptungen stützen wir uns zunächst auf Suttinger, der allerdings nur in den Entscheidungsgründen einzelner Fälle diese Gewohnheit bezeugte.

Unter dem Schlagworte „Obrigkeitliche Administration der Pupillen“ brachte Suttinger zunächst eine Entscheidung vom 8. December 1571, derzufolge „es als Landtsbrauch und auch denen Rechten gemäß“ bezeichnet wurde, „daß der Pupillen Gebührniß bei Handen der Grund- und Vogt-Obrigkeit verbleibe“, und es wurde dieses Gewohnheitsrecht doppelt begründet: erstens damit, „daß die Kinder zu ihrer Vogtbarkeit ihre Gebührniß mit Sicherheit erhalten“; und zweitens mit Rücksicht auf die Rechte der Grund- und Vogtherren damit, „wenn sich mit den Kindern vor ihrer Vogtbarkeit

---

[1]) Fol. XXIIv.

ein Todfall zutrüge, dieſe dem Erbrecht nach bei der Verlaſſung ihre Nothdurfft ſuchen mögen“ [2]).

Analog hatte eine Entſcheidung vom 14. April 1576 — mit Beziehung auf die Conſtitutio Albertina vom Lichtmeßtage 1383 [3]) — es ausgeſprochen, „daß die von Wien das Haupt-Gut der Pupillen vor der Kinder Vogtbarkeit aus ihrer Jurisdiction zu laſſen nicht ſchuldig ſeien“, und dieſem Rechte entſprechend mochte ſich auch der ſpäter in Wien vorfindliche Gebrauch begründet haben, daß die Vermögensübergabe an die vogtbaren Pupillen von der Obervormundſchaft und nicht vom Vormunde in erſter Linie erfolgte [4]).

Anders verfuhr die Gerhabſchaftsordnung vom 18. Februar 1669; der romaniſirende Charakter, welcher dieſes Geſetz ſo ſehr auszeichnet, ließ es nicht zu, daß die Vermögensübergabe nach beendeter Vormundſchaft anders denn als Privatſache zwiſchen Vormund und Mündel angeſehen wurde; der Vormund verwaltete ja das Pupillarvermögen, er hatte die factiſche Innehabung desſelben; von ihm ſollte daher auch allein die Uebergabe desſelben an den vogtbar gewordenen Mündel geſchehen, ohne daß noch ein Erkenntniß der Vormundſchaftsbehörde die Uebergabe beſonders auszuſprechen brauchte.

So finden wir denn auch in der Gerhabſchaftsordnung im 20. Titel — welcher von Uebernehmung der Güter und Schulden bei Abtretung der Gerhabſchaft handelt — den Grundſatz an die Spitze geſtellt, „daß die Verlaſſenſchafft dem geweſten Pupillen (von dem Vormunde) nach dem Inventario mit alle deme, was derſelben hernach zugewachſen, überantwortet, und das ſo hieran abgehet, mit denen in Raittung kommenden richtigen Außgaben, oder aber ſonſten erſetzt und gut gemacht werden müſſe“ [5]).

Die Gerhabſchaftsordnung überging ſodann die ſpecielle Uebergabe der Fahrniſſe, Gelder, Mobilien und Koſtbarkeiten mit Stillſchweigen, um blos für die Uebergabe liegender Güter und der Activforderungen einzelne Beſtimmungen zu treffen.

Die liegenden Güter, welche im Namen des Pupillen und während der Gerhabſchaft erkauft oder durch andere rechtmäßige Titel herzugebracht worden waren, war der geweſte Pupille anzunehmen ſchuldig, wofern nicht dieſer Ankauf bei der Rechnungsaufnahme bemängelt worden war [6]); in Anſehung der Activforde-

[2]) Suttinger S. 632.

[3]) Codex austr. S. 473.

[4]) Suttinger S. 891, und Codex austr. S. 490; in der zuletzt bezogenen Stelle erörtern die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 ausdrücklich die Uebergabe des Mündelvermögens nach geendeter Vormundſchaft zwar durch den Vormund, aber unter Controle des Magiſtrates.

[5]) XX. Titel, §. 1.

[6]) Ebendo, §. 2.

rungen, welche sich nach geendeter Gerhabschaft vorfanden, wurde in dem Gesetze ein Unterschied gemacht zwischen jenen Activforderungen, welche der Gerhab bereits übernommen hatte, und denjenigen, die unter seiner Gerhabschaft dadurch entstanden waren, daß er Pupillengelder ausgeliehen hatte; die erste Art Activforderungen des Mündels, welche sich schon in der Verlassenschaft seiner Eltern oder anderer Erblasser vorfanden, mußte der Pupille, wenn sie schon ursprünglich nicht gut und zahlbar gewesen waren, in demselben Zustande übernehmen[7]) und konnte sich an seinen letzten Gerhaben nur in dem Falle halten, wenn die Forderungen ursprünglich gut und sodann durch des Gerhaben Nachlässigkeit schlecht geworden waren[8]); jene Activforderungen dagegen, welche ein früherer Gerhab für den Pupillen erworben hatte, mußte der nachfolgende Gerhab in Ansehung ihrer Richtigkeit und Einbringlichkeit prüfen; hatte er sie von dem früheren Gerhaben ohne Widerrede als richtig übernommen, oder hatte er sie zwar als unrichtig bezeichnet, dennoch aber unterlassen, sich um die Richtigmachung und Einbringung zu kümmern, so mußte er selbst dem Pupillen den Schaden vergüten, wogegen, im Falle seine Bemühungen in Ansehung solcher Forderungen erfolglos geblieben waren, der Pupille sich nicht an ihn, sondern an den früheren Gerhaben halten mußte[9]).

Hatte endlich der letzte Gerhab neue Activforderungen für den Pupillen erworben, so mußte er jedes Verschulden dem Mündel prästiren, und nur eine zufällige Verringerung oder ein zufälliger Verlust der Forderung schützte ihn vor der Ersatzpflicht[10]).

Zum Schlusse enthielt die Gerhabschaftsordnung die Bestimmung, daß nach ordentlicher Abtretung und Ueberantwortung der Güter an den Mündel „alle und jede Actiones, Sprüch und Handlungen auff den gewesten Pupillen und dessen Güter" übergehen, so daß der Gerhab von nun an in allen Sachen, in denen er als Gerhab gehandelt hatte, Niemanden Rede und Antwort zu geben schuldig war; nur in zwei Fällen sollte hievon eine Ausnahme gemacht werden: wenn entweder der Gerhab bei oder nach der Abtretung sich diesfalls für seine Person verbunden hätte, oder wenn er bei Abtretung der Gerhabschaft in Ansehung einer oder einiger Handlungen an den Pupillen seiner Haftung nicht entlassen worden wäre[11]); daß im letzteren Falle der Gerhab den gewesten Pupillen zur Genehmigung oder Bemänglung der Rech-

[7]) Gerhabschaftsordnung, XX. Titel, §. 3.
[8]) Ebenda, §. 4.
[9]) Ebenda, §. 5.
[10]) Ebenda, §. 6.
[11]) Ebenda, §. 7.

nung im Proceßwege verhalten konnte, haben wir schon im letzten Capitel gesehen.

Unsere Schriftsteller enthalten auch über diesen Punkt nichts Wesentliches; nur Grenek, auf den wir später diesfalls noch zu sprechen kommen, macht hievon eine Ausnahme [12]).

Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß die Bestimmungen der Gerhabschaftsordnung keineswegs durchgehends beobachtet wurden; je mehr sich der Einfluß der Obervormundschaft auf die Aufbewahrung und Verwaltung des Mündelvermögens erhalten oder gesteigert hatte, desto mehr mußte die Obervormundschaft nach beendeter Gerhabschaft darauf bedacht sein, daß die Uebergabe des Mündelvermögens unter ihrer Intervention erfolge, und daß der Mündel dem Vormunde und ihr selbst das Absolutorium ertheile.

Daß dieser Vorgang namentlich in der Stadt Wien und am Lande bei den Waisen der Unterthanen beobachtet wurde, dafür haben wir insbesondere sprechende Beweise.

Was die Wiener Pupillen betrifft, so hatte zunächst schon die Wiener Pupillen-Rait-Cammer-Reformation vom 29. April 1715 unter Punkt 12 vorgeschrieben, „daß die zur Vogtbarkeit gelangten Partheien, so bald es möglich, abgefertiget, auch wenn dieselben sich nicht gleich um ihr Erbtheil anmelden sollten, zu dem Stadt-Magistrate als Obergerhaben selbst wegen Sicherheit und Vermeidung der sonsten zu besorgen habenden actiones subsidiariae ex officio fürgefordert und ihnen das ihrige gegen gewöhnliche Verzichtsquittungen hinausgegeben werden solle“ [13]); und in Ansehung der Waisen der Unterthanen berichtet Grenek [14]), daß, wenn die Kinder die Vogtbarkeit erreicht und sich verehelicht haben, die Gerhaben, die Mutter und die Schuldner des Mündels berufen, mit den Gerhaben vollständige Richtigkeit gepflogen, die Schuldner zu der Kanzlei wegen zu geschehen habender Auszahlung des Kindergeldes angehalten, der Gerhab selber mittelst eines absolutorii entlassen und von dem Vogtbaren zu dem Waisenbuch der Revers- oder Verzichtsbrief erlegt und sohin dem Vogtbaren das Seinige übergeben werden solle; waren aber vogtbare Unterthan-Waisen zu dieser Zeit noch unverehelicht, so wurde ihnen selbst dann nicht ohne besondere Bewilligung der Herrschaft ihr Vermögen übergeben, um dieselben vor Verschwendung zu bewahren.

Daß eine ganz gleiche amtliche Abfertigung der Waisen der Unterthanen dann erfolgte, wenn die Herrschaft selbst die Unterthanen-Waisengelder entlehnt hatte, ist wohl von selbst klar.

---

[12]) Bossius S. 299, und Donner S. 41.
[13]) Codex austr., Suppl.-Bd. I, S. 787.
[14]) Grenek S. 278.

In Ansehung der Pupillen der oberen Stände verfügte zwar noch die „Instruction für die Landmarschallischen Rechnungs-Herrn und Rechnungs-Aufnehmer" vom 24. December 1725 [15]) ganz deutlich, daß der großjährig gewordene Pupille mit seinem Gerhaben allein die Schlußrechnung aufnehmen könne, „daß es in des Gerhaben Macht stehen solle, allein und ohne Beysehn einiger gerichtlicher Commissarien (welche nur unnöthige Kosten verursachen) seinem vorhin anvertraut gewesten Pupillen nach wirklich erreichter Majorennität seine völlige Habschaft, Effecten und dergleichen zu überantworten und zu extradiren, und daß nur diese wechselseitige Abrechnung dem Landmarschallischen Gerichte zugleich mit der Verzichtsquittung des Mündels überreicht werden solle"; allein schon die ein Jahr später — am 3. April 1727 [16]) — erschienene Landmarschallische Gerhabschaftsordnung änderte diese Bestimmungen insoferne ab, daß dem großjährig gewordenen Pupillen von dem Vormunde nicht das Geringste übergeben werden sollte, bevor nicht eine vollständige Verzichtsquittung, daß der gewesste Pupille gänzlich befriedigt und seines empfangenen Erbtheiles halber auch von dem Gericht nichts mehr zu fordern habe, eingelegt worden sei.

Da sämmtliche auf das Vormundschaftswesen bezugnehmenden Gesetze des 18. Jahrhundertes die Officialthätigkeit der Gerichte erheblich steigerten, wie wir dies sowohl an den Majorennitäts- wie auch an den Landtafel- und Fürmerkungsbücher-Gesetzen gesehen haben, so ist es sehr natürlich, daß schon vor dem Erscheinen des Josefinischen Gesetzbuches die Anschauung sehr gefestigt war, daß nicht der Vormund, sondern daß das Gericht selbst hauptsächlich bei der Vermögensübergabe interveniren mußte, und nachdem einmal die Depositirung des fruchtbringend angelegten Mündelvermögens angeordnet worden war, entsprach diese Anschauung auch der Wirklichkeit, da der Vormund den Stamm des beweglichen Vermögens nicht in Händen hatte.

Kaiser Josef erklärte demgemäß auch — dem Gerichtsgebrauche entsprechend —, daß die Schlußrechnung jederzeit gerichtlich aufzunehmen und zu erledigen, und daß dem großjährig gewordenen Mündel sein Vermögen nach Ausweis dieser Schlußrechnung einzuantworten sei [17]); nur dann, wenn die Schlußrechnung durch Umstände aufgehalten worden wäre, konnte die Einantwortung des Vermögens auch vor derselben vorgenommen und das Uebrige nach beendeter Schlußrechnung nachgetragen werden [18]).

---

[15]) Codex austr., Suppl.-Bd. II, S. 372.
[16]) Ebenda, S. 428.
[17]) V. Hauptstück, §. 92.
[18]) Ebenda.

Da die Schlußrechnung und die Uebergabe des Vermögens demnach gerichtlich vorgenommen wurde, so entsprach es diesem Grundsatze vollkommen, daß das Absolutorium nach gänzlich beendeter Vormundschaft an den Vormund und an dessen Erben nicht von dem Mündel, sondern von dem Gerichte ausgefertigt wurde[19]).

In dieser gerichtlichen Urkunde mußte die vollständige Uebergabe des Vermögens vom Gerichte bezeugt und dem entsprechend der Vormund von allen ferneren Ansprüchen in Betreff der geführten Vormundschaft losgezählt werden[20]).

Es zeigte sich abermals bei diesem Punkte der polizeilich bevormundende Charakter des Josefinischen Gesetzbuches, welches selbst nach gänzlich beendeter Vormundschaft dem Vormunde und dem Pupillen nicht mehr überließ, die Schlußrechnung einverständlich zu prüfen und zu erledigen, sondern welches auch die Beendigung der Vormundschaft zu einem neuerlichen officiosen Einschreiten benutzte und durch das von dem Gerichte dem Vormunde zu ertheilende Absolutorium selbst den Rechten des großjährig gewordenen Pupillen empfindlich nahetreten konnte.

X. Capitel.

Klagen aus dem vormundschaftlichen Verhältnisse. Restitution wegen Minderjährigkeit.

Aus dem vormundschaftlichen Verhältnisse entsprangen nach römischem Rechte mehrfache Klagen; zu den wichtigsten zählen wir die actiones tutelae directae et contrariae; die actiones utiles curationis causa; die actio rationibus distrahendis; die actio subsidiaria gegen die Obervormunschaft, und die actio seu accusatio suspecti tutoris seu curatoris.

Von der letztgenannten Klage haben wir bereits im letzten Capitel gehandelt, so daß wir uns dermalen auf die anderen Klagen beschränken und zuerst von den Klagen des Mündels gegen den Vormund, dann von den Klagen des Vormundes gegen den Mündel, und endlich von jenen des Mündels gegen die Obervormundschaft, handeln können.

Im Anschlusse an diese Materie werden wir des außerordentlichen Rechtsmittels der restitutio in integrum gedenken.

1. Klagen des Mündels gegen den Vormund.

Die actio tutelae directa des römischen Rechtes konnte von dem Mündel und dessen Erben gegen den Vormund oder dessen

[19]) V. Hauptstück, §. 94.
[20]) Ebenda.

Erben, immer aber erst nach beendeter Tutel, angestrengt werden; die Klage bezweckte zunächst die Rechnungslegung durch den Vormund über die von ihm geführte Verwaltung, die Herausgabe des Vermögens, welches der Vormund noch in Händen hatte, und den Ersatz des Schadens, für welchen der Vormund zu haften schuldig war; sie hatte zur Folge, daß der klagende Pupille wegen dolus und lata culpa des Vormundes zum Schätzungseide zugelassen werden konnte, und sie concurrirte, wenn der Vormund etwas vom Mündelgute unterschlagen hatte, electiv mit der actio rationibus distrahendis, welch' letztere Klage jedoch eine Pönalklage war und auf Ersatz des doppelten Werthes der unterschlagenen Sache ging.

Bei der Curatel fand diese Klage als utilis actio Anwendung, und gegen Protutoren (welche, ohne Vormünder zu sein, sich der vormundschaftlichen Verwaltung unterzogen hatten) diente analogen Zwecken die actio protutelae.

Mehrere Vormünder hafteten solidarisch mit der Beschränkung, daß jeden derselben insoferne die Verpflichtung traf, für Alle einzustehen (mutuum — vice mutua — invicem — solididatis — universi — commune periculum), als ihn in Rücksicht seiner Verwaltung oder Aufsicht eine culpa traf.

Die Härte dieser Solidarverbindlichkeit wurde indessen in vielen Beziehungen durch die beneficia excussionis seu ordinis, divisionis und cedendarum actionum erheblich gemildert [1]).

In Deutschland wurden die Grundsätze des römischen Rechtes über diese Klagen mit mehrfachen Modificationen recipirt; die actio tutelae directa konnte auch schon während der Dauer der Vormundschaft angestrengt werden, in welchem Falle die Mitvormünder als Kläger für den Mündel aufzutreten hatten; indessen fand sich hiezu wegen der jährlichen Rechnungsablegung selten eine Veranlassung, umsomehr, als die Obervormundschaft die Pflicht hatte, von Amtswegen für die Hereinbringung des durch die Rechnungslegung nachgewiesenen Schadens zu sorgen; auch die actio rationibus distrahendis durfte in Deutschland während der Dauer der Vormundschaft eingebracht werden; allein später verlor sich diese Pönalklage immer mehr aus dem deutschen Rechte, weil der Vormund wegen Unterschlagung der Mündelgelder abgesetzt und zu einer öffentlichen Strafe verurtheilt, eine Privatstrafe neben der öffentlichen Strafe aber nicht als zulässig erachtet wurde [2]).

Ob auch in Oesterreich Klagen aus dem vormundschaftlichen Verhältnisse gegen den Vormund vor beendeter Vormund-

[1]) Rudorff III, S. 1—116.
[2]) Kraut II, S. 157.

schaft angestrengt werden konnten, läßt sich für die der Gerhabschaftsordnung vorangehende Zeit aus den Quellen nicht erweisen, während in dem letztgenannten Gesetze ausgesprochen wurde, daß nur der Mündel und dessen Erben, und nur nach geendeter Vormundschaft, die actio tutelae directa anstrengen durften.

Auch aus den von Suttinger überlieferten Entscheidungen konnten wir nicht entnehmen, ob ein Fall einer actio tutelae directa vor beendeter Vormundschaft in Niederösterreich vorgekommen sei.

Daß nach beendeter Vormundschaft die Anstrengung der actio tutelae directa zulässig gewesen ist, kann nicht nur in keinen Zweifel gezogen werden, sondern wir finden in Suttinger's Werken zahlreiche Beispiele solcher Rechtsstreite.

Indessen zeigen schon die Rechtsquellen des 16. Jahrhunderts das Bestreben, den von dem Vormunde angerichteten Schaden von Amtswegen zu erheben und dessen Vergütung durch den Vormund von Amtswegen vorzukehren.

Bezeichnend sprachen sich in dieser Richtung schon die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 aus, welche verfügten, daß, „wo auch fürkäme, daß mit des ungevogten Kindes Gut untreulich gehandelt, der Burgermeister und Rath von Stund an darob sein sollen, damit die Gerhaben alles, so zu Nachtheil des ungevogten Kindes gehandlet, wiederkehren“ [3]).

Die Polizeiordnung vom Jahre 1552 stimmte mit dieser Anschauung überein und verfügte, daß, „wo ein Gerhab übel, verdächtlich und schädlich hause, nicht blos mit der Entsetzung des Gerhaben fürgegangen, sondern daß auch des Pupillen Notturfft durch die Obrigkeit vorgenommen, verordnet und gehandlet werden solle“, aus welcher Stelle man deutlich ersieht, daß die Obervormundschaft von Amtswegen auf Gutmachung des von dem Vormunde dem Mündel zugefügten Schadens zu sehen hatte [4]).

Ein fernerer Grund, welcher die Klagen während der Dauer der Vormundschaft nahezu ausschloß und die Klagen nach beendeter Vormundschaft erheblich einschränkte, lag auch nach der genannten Polizeiordnung in der jährlichen Rechnungslegung des Vormundes, da ja nach Berichtigung der Rechnung dem Vormunde ein Raitbrief ausgestellt wurde, welcher in Ansehung der in Rechnung gestellten Thatsachen die Klagen des Mündels selbst nach beendeter Vormundschaft insoferne abschnitt, als nur eine Arglist des Vormundes, eine Auslassung oder ein Mißverständniß in der Rechnung eine spätere Klage statthaft erscheinen ließen [5]).

[3]) Codex austr. II, S. 490.
[4]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXII.
[5]) Ebenda, Fol. XXI.

Ueber die Bedingungen und Rechtswirkungen, unter welchen die actio tutelae directa angestrengt werden konnte, enthielt die Polizeiordnung von 1552 fast keine weiteren Bestimmungen; das juramentum in litem gegen den Vormund wurde statthaft erklärt, wenn es wahrscheinlich war, daß der Vormund etwas veruntreut hatte; doch erwähnte die Polizeiordnung auch für diesen Fall nicht mehr einer Pönalklage, welche auf das Doppelte des Werthes gegangen wäre, so daß mit großer Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, daß die actio rationibus distrahendis in Oesterreich unter der Enns nicht recipirt wurde [6]).

Darauf, daß der Vormund nach österreichischem Rechte für omnis culpa haften mußte und daß seine Haftung schon nach dem Rechte der Polizeiordnung vom Jahre 1552 auf die diligentia, quam suis rebus adhibere solet nicht eingeschränkt war, haben wir oben bereits hingewiesen [7]); den gleichen Grundsatz sprach nach Suttinger's Zeugnisse eine Entscheidung vom 8. April 1595 aus, welche ausdrücklich hervorhob, daß der Vormund Dasjenige thun müsse, was ein jeder diligens paterfamilias gethan hätte [8]).

Die Solidarverpflichtung jener Gerhaben, welche nicht mitadministrirt hatten für die Handlungen der gerirenden Gerhaben, ist durch eine Entscheidung vom 1. September 1637 [9]) und die Reception der actio protutelae durch eine Entscheidung vom 12. Mai 1640 bezeugt worden [10]).

Der romanisirende Charakter der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 tritt auch in diesem Abschnitte deutlich hervor.

Der 18. Titel des Gesetzes handelt „von den Sprüchen,

---

[6]) Polizeiordnung von 1552, Fol. XXv.

[7]) Ebenda, Fol. XX. „Die Gerhaben sollu in allweeg jrer Pflegkinder Guet und sachen zum treulichsten, pesten und nutzlichsten handlen, derselben nutz und pestes jrem höchsten versteen und vermögen nach fördern, Nachtheil und schaden fürkheren und wenden und alles dermassen handlen, wie Sy das bey jrem gewissen vor Gott Christlich schuldig sein und vor der Welt Erbar und billich ist."

[8]) Suttinger S. 374. „Wann ein Gerhab bona fide handelt und dasjenige thut, was er thun kann, oder was jeder diligens Paterfamilias gethan hätte, ist er von Rechtswegen ein mehreres zu thun unverbunden; qui enim fecit quod potuit legem adimplevit." Diesem Grundsatze widerspricht die Entscheidung vom 31. Jänner 1650 (Suttinger S. 374) nicht, welche dahin lautete, „daß Gerhaben auch dasjenige, was per culpam latam verabseumbt wird, zu bezahlen schuldig seien", weil aus diesem Satze denn doch nicht geschlossen werden kann, daß die Haftung der Gerhaben auf lata culpa beschränkt gewesen wäre.

[9]) Ebenda, S. 377. „Gerhaben, welcher nicht administrirt, ist für seine Mitgerhaben zu stehen und den Pupillen Rechnung zu thun schuldig."

[10]) Ebenda, S. 377. „Ob einer gleich nicht pro tutore eines pupilli bona administrirt, auch gar darwider protestirt, so muß er doch als Negotiorum gestor seiner geführten Administration halber richtige Rechnung thun."

welche insgemein ein Pupill zu seinem Gerhaben hat", und fußt wesentlich auf den Bestimmungen des römischen Rechtes.

Unter der Marginalrubrik „Actio tutelae directa" wurde zuerst bestimmt, daß diese Klage „nur dem gewesten Pupill oder dessen Erben wider den Gerhaben oder seine Erben gebühre" [11]), so daß von nun an nicht mehr gezweifelt werden konnte, daß die Anstrengung einer Klage gegen den Vormund während der Dauer der von ihm geführten Verwaltung unstatthaft war. Daß aber gegen den ausgetretenen Vormund von dem neuen Vormunde des Pupillen die Klage immer noch angestrengt werden konnte, ist nach der Gerhabschaftsordnung und auch deswegen klar, weil es denn doch die Pflicht des neueintretenden Vormundes war, die Forderungen des Pupillen einzutreiben und kein Grund abzusehen ist, aus welchem Forderungen aus dem vormundschaftlichen Verhältnisse nicht ebenfalls sogleich hätten eingeklagt werden dürfen.

Der Zweck der actio tutelae ging nach der Gerhabschaftsordnung — ebenso wie nach römischem Rechte — dahin, „daß der Gerhab von der Zeit der angetretenen Gerhabschafft oder ersten Anmassung an über die gepflogene Gerhabschafft vollständige Raittung leiste, was dem Pupillen zuständig und vorhanden, oder sich sonsten in guter Raittung übrig befindet, außantworte, und wenn etwas dem Pupillen zu Nachtheil und Schaden unverantwortlich gehandlet oder unterlassen worden, er dasselbe wieder gut zu machen angehalten werde" [12]).

Daß der Gerhab auch nach diesem Gesetze für omnis culpa ohne weitere Beschränkung auf die diligentia in concreto haften mußte, geht sowohl aus der eben bezogenen Stelle, als auch aus dem vorgeschriebenen Gelübde der Gerhaben hervor, in welchem die Gerhaben versprechen mußten, Alles, was getreuen und aufrichtigen Gerhaben gebührt, treulich und ohne Gefährde zu handeln [13]).

Waren mehrere Gerhaben zugleich verordnet worden, so waren sie nach der Gerhabschaftsordnung „alle und jeder sowohl zur Verantwort- als Verwaltung verbunden" [14]), und es stand daher auch den Pupillen bevor, „ihre Sprüch bey denen Gerhaben entweder insgesambt oder aber bei jedem absonderlich völlig zu ersuchen" [15]).

War aber dagegen die Gerhabschaft und deren Verwaltung

---

[11]) Gerhabschaftsordnung, XVIII. Titel, §. 1.
[12]) Ebenda.
[13]) Ebenda, VII. Titel, §. 2.
[14]) Ebenda, XIII. Titel, §. 1.
[15]) Ebenda, XVIII. Titel, §. 3.

entweder durch letzten Willen [16]) oder durch die Obrigkeit abgetheilt worden, „so war ein jeder Gerhab allein umb sein ihm aufgetragenen Theil in Verantwortung zu stehen schuldig“ [17]), und wenn daher Einer von mehreren Gerhaben allein „entweder umb die gantze Gerhabschafft oder über den ihm zukommenden Theil beklagt wurde, so konnte er die über seinen Antheil hinausgehende Verantwortung ablehnen“ [18]).

Eigenmächtige Theilung der vormundschaftlichen Verwaltung enthob dagegen ebensowenig von der Solidarverbindlichkeit, als wenn mehrere Gerhaben dahin übereinkamen, die gesammte Verwaltung einem einzigen Mitgerhaben anzuvertrauen; nur durfte sich in solchen Fällen der nicht gerirende Tutor, wenn er geklagt wurde, „auff den, so die Gerhabschaft verwaltet, beziehen“, und nur wenn die gerichtliche Execution über das Vermögen des verwaltenden Tutors fruchtlos ausgefallen war oder doch nicht die ganze Forderung des Pupillen hereingebracht werden konnte, stand es dem Pupillen frei, die Haftung der anderen Vormünder in Anspruch zu nehmen [19]).

Hatte ein Mitgerhab, „welcher wegen der getragenen Gerhabschaft besprochen wurde“, die völlige Zahlung geleistet, so räumte ihm die Gerhabschaftsordnung das beneficium cedendarum actionum ein und bestimmte, „daß der gewesste Pupill oder dessen Erben ihme sein an die anderen Mitgerhaben gehabtes Recht auff Begehren zu cediren und zu übergeben schuldig seien“; wenn aber auch der Mündel diese Cession oder Uebergabe verweigerte, so sollte der Gerhab dennoch „dasjenige, was er über Gebühr bezahlt oder sonsten Schaden gelitten, bey denen anderen Mitgerhaben zu ersuchen befugt seyn“ [20]).

Wenn ein Gerhab kein Inventarium aufrichten ließ, durfte der Pupille — oder, falls der frühere Vormund nach beendeter Verwaltung geklagt wurde, der neu eintretende Vormund [21]) — das Juramentum in litem gegen den Vormund oder dessen Erben gebrauchen, d. h. „dasjenige, so von des Pupillen dem Gerhaben anvertrauten Gut in Capital, Interessen ꝛc. verursachten Schaden abgehet, so hoch es ihme wissend, schätzen, und solches mit einem leiblichen Eide vor Gericht beteuern, welche Summe hernach der Gerhab zu entrichten schuldig war“ [22]).

---

[16]) Gerhabschaftsordnung, XVIII. Titel, §. 3.
[17]) XIII. Titel, §. 2.
[18]) XVIII. Titel, §. 3.
[19]) XIII. Titel, §. 2, und XVIII. Titel, §. 4.
[20]) XIX. Titel, §. 2.
[21]) VIII. Titel, §. 7, welche Stelle beweist, daß die Klage auch von dem neuen Vormunde gegen den früheren Vormund während der Dauer der Unvogtbarkeit des Mündels angestrengt werden konnte.
[22]) VIII. Titel, §. 7, und XVIII. Titel, §. 5.

Neben der actio tutelae directa gegen den Vormund anerkannte die Gerhabschaftsordnung auch noch ausdrücklich die actio protutelae, welche den Pupillen gegen Diejenigen zustand, „so sich ihr und ihrer Güter als Gerhaben angenommen hatten, ohne daß sie von der Obrigkeit verordnet worden wären, und ohne daß ihnen auch sonsten die Gerhabschaft gebührt hätte“ [23]).

Eine Abweichung vom römischen Rechte fand dagegen nach der Gerhabschaftsordnung sowohl für die actio tutelae als auch für die actio protutelae dahin statt, daß die Pupillen diese Klagen innerhalb der nächsten zehn Jahre nach erlangter Vogtbarkeit einzubringen, „oder im Uebrigen ein ewiges Stillschweigen zu halten schuldig waren“; nur wenn der Tutor oder Protutor etwas empfangen und in die Rechnung nicht eingestellt oder sich in den Ausgaben einer Gefährde oder Untreue schuldig gemacht hatten, waren die Pupillen an diese kürzere Verjährungszeit nicht gebunden [24]), sondern es verjährte dann diese Klage innerhalb der gewöhnlichen österreichischen Verjährungszeit von 32 Jahren [25]).

---

[23]) Gerhabschaftsordnung, VIII. Titel, §. 6.

[24]) Ebenda, §. 7.

[25]) Viele Schriftsteller Oesterreichs stellen ganz allgemein die Anschauung auf, daß die Verjährungszeit nach altem österreichischem Gewohnheitsrechte 32 Jahre betragen habe. Da Ersitzung und Verjährung in diesen Schriften stets unter den gleichen Gesichtspunkten betrachtet wurden, so ergab es sich von selbst, daß auch die regelmäßige Ersitzungszeit in vielen Fällen auf 32 Jahre gestellt war. Die wichtigsten Stellen, in denen von einer 32jährigen Ersitzungs- und Verjährungszeit gehandelt wird, finden sich in nachfolgenden Rechtswerken: a) Die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns handelt von der Ersitzung und Verjährung in den Titeln 127—135 des IV. Buches. Die Ersitzungszeit betrug bei beweglichen Sachen 3 Jahre (Titel 128), und bei unbeweglichen 32 Jahre (Titel 128). „Die perföhnlichen Sprüch, als umb dargelieheues Geldt, Schulden, Khauf, Bestandt, Werl (Tausch), Vermecht, Vertrag oder Contract“, verjährten sich gleichfalls in 32 Jahren (Titel 131). b) Uebereinstimmend sprach sich hierüber die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns im III. Buch, 34. Titel, S. 507, welcher von der „Präscription, Verjährung und Ersitzung, Nutz und Gewähr der Gütter“ handelte, aus. c) Von späteren österreichischen Gesetzen nahm der Tractatus de juribus incorporalibus vom 13. März 1679 auf diese Eigenthümlichkeit des österreichischen Gewohnheitsrechtes Rücksicht; die Zehntpflicht erlosch nach diesem Gesetze (6. Titel, §. 10), „wenn ein Geist- oder Weltlicher über verjährte Zeit, das ist wenigst in zwey und dreissig Jahren, von einem entzwischen nicht öd gelegenen Grund keinen Zehend gegeben hat, noch derselbe vom Zehend-Herrn gefordert ist“, und sowohl Gebäude als Felddienstbarkeiten wurden (Titel 16, §. 3) durch rechtmäßige Verjährung der zweiunddreißig Jahre erlangt und zugeeignet. Ebenso wurde durch den Satz und Ordnung des Erbrechts außer Testament für Oesterreich unter der Enns vom 28. Mai 1720 und für Oesterreich ob der Enns vom 16. März 1728 (im 16. Titel, §. 3) die Verjährungszeit für die Erbrechtsklage auf 32 Jahre gestellt. Ueber die älteren Quellen der Verjährung in Oesterreich vergl. Hasenöhrl: Oesterreichisches Landesrecht im 13. und 14. Jahrhundert. Wien 1867, S. 119—122.

Von den Schriftstellern sind besonders hervorzuheben: a) Beckmann unter dem mehrmals wiederholten Schlagworte „Praescriptiones“, S. 353

Ungeachtet die Gerhabschaftsordnung so eingehende Bestimmungen über die actio tutelae et protutelae gegeben hatte, muß dennoch mit vollster Bestimmtheit behauptet werden, daß dieser Klage nicht mehr die gleiche Wichtigkeit wie im römischen Rechte zukam. Der Einfluß der Obervormundschaft, welche von Amtswegen die Vermögensverwaltung während der Dauer der Vormundschaft überwachte, dann die Rechnungslegungen, welche alle Jahre und am Schlusse der Vormundschaft stattfanden, ohne daß eine Klage auf Rechnungslegung erforderlich war, entzogen der actio tutelae directa am Ende der Vormundschaft immer mehr den Boden unter den Füßen, und wenn schließlich sowohl die Gebarung mit dem Mündelvermögen, als auch dessen Aufbewahrung ganz unter die Controle der Obervormundschaft gestellt worden waren, so ergab sich als nothwendige Consequenz, daß der administrative Vorgang bei der Führung der Vormundschaft die Klagen nach beendeter Vormundschaft immer mehr beschränkte und es den Obervormundschaften zur Pflicht machte, die ämtlichen Ansprüche, welche der Mündel an den Vormund haben konnte, von Jahr zu Jahr zu erheben und für deren Berichtigung von Jahr zu Jahr zu sorgen.

Als endlich das Streben der Obervormundschaft dahin ging, dem Mündel sein Vermögen nicht eher zu erfolgen, beziehungsweise erfolgen zu lassen, bevor der vogtbar gewordene Mündel in einem Absolutorium der Obervormundschaft gegenüber auf die actio subsidiaria verzichtet hatte, da war es ganz begreiflich, daß der Verzicht auf diese Subsidiarklage zumeist auch den Verzicht auf die actio tutelae directa ist sich schloß.

In dem Geiste dieser ämtlichen Fürsorge hatten schon die

bis 359, der bemerkte, „daß nach dem Österreichischen und Innerösterreichischen Landesgebrauch in generali regulariter zweierlei Praescriptiones seien: praescriptio annalis und praescriptio 32 annorum", welch' letztere die allgemeine Verjährungszeit für alle nicht insbesondere ausgenommenen Klagen sei. b) Finsterwalder im II. Buch Observatio CIV und CV, S. 515—559, welcher bemerkte: „In consuetudine Austriae duae sunt praescriptionum genera magis frequentes: prima est triennalis, quae res mobiles respicit et completur spatio trium annorum; altera est tricennalis, quae concernit bona immobilia, jura et actiones et completur curriculo 32 annorum. c) Grenek S. 163, und d) Bossius S. 347, welch' Letzterer zwischen den Klagen unterscheiden wollte, welche ein deutsch-rechtliches Fundament haben, und jenen, welche aus dem römischen Rechte stammen; er bemerkte nämlich zu dem Satze: „Praescriptio longissimi temporis apud nos est XXXII annorum" weiter: „Actionibus et exceptionibus, quas ex jure Romano desumimus tempore ibi statuto praescribi minus dubium esse videtur." Diese Bemerkung Bossius' scheint aber in der Wissenschaft nicht durchgegriffen zu haben, da Donner eben zu der in Rede stehenden Verjährung der actio tutelae et rotutelae (Bd. I, S. 39) bemerkte, „daß die allgemeine Verjährung sonst in Oesterreich in 32 Jahre geschehe". — Für jene Fälle, in denen sich die actio tutelae directa et contraria innerhalb 10 Jahren nach der Vogtbarkeit der Pupillen nicht verjährte, werden wir demgemäß die Verjährungszeit von 32 Jahren annehmen müssen.

Landtafel- und Fürmerkungspatente [26]) bestimmt, daß die Rechnungen drei Monate nach der jährlichen Verwaltung von den Gerhaben der Obervormundschaft zu übergeben seien, und daß diese auch die alten Rechnungen durchzugehen, und, wenn die Zeit zu kurz wäre, um verläßlich zu wissen, ob den Pupillen etwas vom Vormunde gebühre, die Pupillen durch eine Generalfürmerkung auf die Güter des Vormundes sicherzustellen hätten, und in dem gleichen Geiste war durch die bezogenen Landtafelpatente die Octava geschaffen worden, um die Waisen der Unterthanen vor einem möglichen künftigen Schaden zu bewahren.

Die österreichischen Schriftsteller bezogen sich über diesen Gegenstand meist blos auf den Text der Gerhabschaftsordnung; allein schon der Umstand, daß sie die Vormundschaftsklagen stets im innigen Zusammenhange mit der administrativen Rechnungslegung der Vormünder behandelten, zeigt deutlich, daß ihnen klar einleuchtete, daß der Zweck, welchen das römische Recht durch die actio tutelae und durch die actio rationibus distrahendis zu erreichen strebte, nunmehr auch durch die jährliche Rechnungslegung und durch die Oberaufsicht der Obervormundschaft gewahrt werden sollte [27]).

Das Josefinische Gesetzbuch hatte ganz allgemein die gerichtliche Aufnahme der Schlußrechnung vorgeschrieben und daneben der Klagen des Mündels gegen den Vormund insbesondere gar nicht gedacht [28]), da in jeder Rechnungserledigung Alles, was den Waisen von dem Vormunde oder dem Vormunde von den Waisen bedingt oder unbedingt zu ersetzen war, deutlich ausgedrückt werden mußte [29]); da ferner außer dem, was in der Rechnungserledigung ausgedrückt war — die Fälle eines Rechnungsfehlers und einer Auslassung in Empfang oder Ausgabe, endlich den Fall einer wissentlichen Zurückhaltung des Mündelgutes durch den Vormund ausgenommen —, weder der Vormund an den Waisen, noch der Waise an den Vormund weiter eine Forderung stellen durfte [30]); da endlich während der Dauer der Vormundschaft der durch einen Rechnungsfehler, oder einen Irrthum, oder durch eine Unterschlagung

---

[26]) Landtafelpatent für Oesterreich ob der Enns vom 3. October 1754, 24tens; Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 901; Landtafelpatent für Oesterreich unter der Enns vom 24. November 1758, 23tens; Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 1287; Fürmerkbücher-Einführung bei den Grundbüchern vom 1. September 1765, 19tens, 20tens und 21tens; Codex austriacus, Suppl.-Bd. IV., S. 752.

[27]) Weingärtler S. 26 u. ff.; Banniza S. 91; Bossius S. 295, der ausdrücklich bemerkte, daß die actio tutelae directa in Oesterreich auch die actio de rationibus distrahendis in sich schließe; Donner I, S. 38.

[28]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 92.

[29]) Ebenda, §. 80.

[30]) Ebenda, §. 81.

dem Pupillen zugefügte Schaden von Amtswegen gutgemacht werden mußte, so war nach dem Josefinischen Gesetzbuche der actio tutelae directa nahezu jedwede Bedeutung genommen worden, so daß sie ebenso in dem administrativen Vorgange der Rechnungserledigung untergegangen war, wie wir dies in Ansehung der hereditatis petitio und der actio familiae herciscundae wahrnehmen, welche auch zum größten Theile durch das officiose Institut der Verlassenschaftsabhandlung aus dem österreichischen Rechtsleben entschwunden waren.

2. Klagen des Vormundes gegen den Mündel.

Die actio tutelae contraria, das contrarium judicium, sollte nach römischem Rechte dem Vormunde dasjenige wieder verschaffen, was er aus seinem eigenen Vermögen auf die Verwaltung der Vormundschaft ex fide bona aufgewendet hatte; der Entstehungsgrund dieser Obligation ist kein Contract, sondern eine allgemeine Rechtsregel (obligatio ex re, quasi ex contractu), daher auch ein vollkommen willenloser Pupille aus diesem Rechtsgrunde civiliter obligirt werden konnte.

Das römische Recht hatte vier verschiedene contraria judicia eingeführt: die actio tutelae contraria für den Tutor, die actio (negotiorum gestorum) utilis contraria für die verschiedenen Curatoren, und die actiones pro tutelae und pro curatore negotiorum gestorum contrariae für den Protutor und für den Procurator; diese Klagen konnten von den ebengenannten Vormündern und ihren Erben gegen die Pupillen und deren Erben, immer aber erst nach geendeter Vormundschaft, angestrengt werden; dagegen war es keineswegs erforderlich, daß die actio directa im concreten Falle angestrengt worden sei, damit die actio contraria angebracht werden durfte.

Zweck der Klage war Entschädigung und Ersatz alles Aufwandes, welchen der Kläger bona fide auf die Verwaltung der Vormundschaft gemacht hatte; es mußte daher ein aus dem eigenen Vermögen des Vormundes gemachter Aufwand, ein sumptus in tutelam factus, und ferner eine Verwendung bona fide — so daß der Vormund einer verständigen Administration und dem Interesse des Mündels gemäß verfahren war — vorliegen.

Das Urtheil konnte verschieden ausfallen, da ja die Gegenansprüche des Vormundes ebenfalls verschieden sein konnten, je nachdem er irgend ein Recht, eine Sache, eine Geldsumme zum Besten des Mündels verwendet, oder Obligationen für den Mündel eingegangen oder persönliche Dienste in dessen Interesse geleistet hatte[1]).

---

[1]) Rudorff, III. Bd., S. 117—130.

Im österreichischen Rechte begegnen wir zuerst in der Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 der ausdrücklichen Regelung der actio tutelae contraria, wiewohl nicht gezweifelt werden kann, daß auch schon vor diesem Gesetze die Anstrengung dieser Klage statthaft war, welche ja in so innigem Zusammenhange mit der actio tutelae directa stand.

Die Gerhabschaftsordnung gedachte der actio tutelae contraria in dem 19. Titel, welcher von den „Sprüchen und behelffen" handelte, welche ein Gerhab zu dem Pupillen hat.

In dieser Beziehung verfügte nun das Gesetz, „daß, gleichwie es billich sei, daß der Gerhab den Pupillen, so weit es sein Gerhabliches Ambt erfordere, ohne Schaden halte, ebenso auch dem Gerhaben sein Ambt unverschuldter Dinge nicht zu Schaden gereichen dürfe; was daher der Gerhab derentwegen auff deß Pupillen Persohn, auff seine gebührende Unterhalt- und Erziehung, auch bey Verwaltung dessen Haab und Güter, nicht weniger auff die Inventur und Rechtsführungen und auch anderwerts nothwendig außgegeben und bescheinigt habe, das müsse alles dem Gerhaben passirt und gutgemacht werden" [2]).

Daß durch den administrativen Geschäftsgang, der sich im Vormundschaftswesen ausgebildet hatte, auch die actiones contrariae an Bedeutung verlieren mußten, ist aus den bereits oben entwickelten Gründen vollkommen klar.

Indessen mochte sich denn doch die actio contraria in größerem Umfange erhalten haben als die actio directa; die Obervormundschaft fand sich leicht veranlaßt, Gegenforderungen des Vormundes, wenn deren Bestand oder Beweis zweifelhaft war, von der Genehmigung in der Rechnungserledigung auszuschließen, und mochte sich vielfach zu einer erhöhten Strenge veranlaßt sehen, theils um des Pupillen Rechte nicht leicht zu vergeben, theils um der subsidiaria actio auszuweichen.

Es war daher ganz natürlich, daß dem Vormunde gegen die administrative Abweisung seiner Gegenansprüche der Rechtsweg offen gehalten werden mußte, und daß sich das contrarium judicium als ein nothwendiges Correctiv gegen einseitige Berücksichtigungen des Mündelinteresses in der Rechnungsprüfung erhielt.

In der That verfügte in dieser Beziehung auch das Josefinische Gesetzbuch, daß, wenn der Vormund sich durch die Erledigung der Rechnung beschwert erachtete und die Beschwerde eine Förmlichkeit der Rechnung betraf, er sich an den oberen Richter wenden konnte; wenn dagegen dem Vormunde in der Rechnungserledigung eine Vergütung, die er gefordert, abgeschlagen oder

[2]) Gerhabschaftsordnung, XIX. Titel, §. 1.

ein Ersatz, den er nicht schuldig zu sein geglaubt, aufgebürdet worden war, sollte er für die Waisen einen Curator begehren und mit diesem die Angelegenheit vor der Vormundschaftsbehörde abthun [3]).

Die Schriftsteller unserer Periode enthalten auch über diesen Punkt nichts Wesentliches [4]).

3. Klagen des Mündels gegen die Obervormundschaft (actio subsidiaria).

Dem älteren römischen Rechte war die actio subsidiaria fremd; sie bildete sich in der Kaiserzeit und namentlich durch ein unter Trajan's Regierung erlassenes Senatusconsultum heraus, welches dem Pfleglinge, insoferne die Klage gegen Vormünder, Curatoren und Bürgen entweder ganz unzulässig war, oder keine hinreichende Schadloshaltung verschaffte, noch ein letztes Hilfsmittel in einer Klage gegen den Magistratus eröffnet hatte, welche Klage unter der Benennung subsidiaria actio und utilis actio in den Quellen vorkommt.

Die Klage stand nur dem Pupillen und Curanden, oder deren Erben, und nur nach geendeter Vormundschaft, ursprünglich nur gegen die magistratus municipales zu, wurde aber in der Folge auch gegen andere obrigkeitliche Personen gestattet; ihre Voraussetzung beruhte auf einer culpa der Magistrate, welche im einzelnen Falle aus verschiedenen Thatsachen bewiesen werden konnte; hatte aber der Pupille die Nichtbestellung oder die Insolvenz des Vormundes zur Zeit der Klage erwiesen, so mußte der Magistrat den Beweis führen, daß diese Thatsachen durch Zufall oder durch Schuld des Klägers eingetreten waren. Die Klage, deren Inhalt mit der actio tutelae directa vielfach zusammenfiel, war erst statthaft, wenn entweder gar kein Vormund bestellt worden war, oder wenn außer dem Vormunde und dessen Erben, auch noch dessen Bürgen, Nominatoren und haftungspflichtige Contutoren ohne Erfolg beklagt worden waren [1]).

Im österreichischen Rechte kommt die actio subsidiaria gegen die Obervormundschaft in zahlreichen Quellenstellen vor und gewann immer mehr und mehr an Bedeutung; wir werden aber auch sehen, daß, soferne die Obrigkeiten eine förmliche Administration des Mündelvermögens in Händen hatten, eine actio subsidiaria nicht zureichend erkannt und eine directe Klage gegen die Vormundschaftsbehörde gegeben wurde. Als sich im 18. Jahrhunderte die Selbstständigkeit des vormundschaftlichen Amtes verloren hatte und alle wichtigen Verfügungen von der Vormund-

---

[3]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 82.
[4]) Weingärtler S. 39, Bossius, S. 298.
[1]) Rudorff, III. Bd., S. 153—176.

schaftsbehörde ausgehen mußten, da war es sehr begreiflich, daß das Unzureichende einer blos subsidiären Haftung der Obervormundschaft allgemein empfunden wurde, und so finden wir denn auch, daß das Josefinische Gesetzbuch die letzte Consequenz gezogen und ausdrücklich neben dem subsidiären ein directes Rechtsmittel gegen die Vormundschaftsbehörde eingeführt hatte.

Gehen wir auf das Einzelne über, so werden wir schon in Suttinger's „Consuetudines" die Spuren der doppelten, subsidiären und unmittelbaren Haftung der Vormundschaftsbehörde finden.

Rücksichtlich der subsidiären Haftung kommen in Suttinger's Werke mehrere übereinstimmende Entscheidungen vor.

Ein Urtheil vom 9. Jänner 1571 sprach den Grundsatz aus, daß „man die Obrigkeit subsidiaria actione nicht beklagen könne, so lange ein Gerhab vorhanden oder noch nicht executirt sei", und andere drei Entscheidungen vom 2. Juli 1574, 13. April 1576 und 18. Juli 1629 [2]) — von denen die letztere mit ausführlichen Motiven begleitet war — drückten denselben Gedanken mit den Worten aus, „daß die actio subsidiaria de jure nicht statthabe, solange etwas vorhanden sei, davon die, denen Pupillen ihrer legitimae halber, etwa zugefügte Läsion hinterstellig gemacht und ihnen geholfen werden könne".

Umgekehrt hatte aber auch eine Entscheidung vom 19. März 1565 ausgesprochen, daß die Städte am Lande als Obergerhaben schuldig seien, wegen ihrer gehabten Verwaltung Rechnung zu thun [3]); eine weitere Entscheidung vom 30. Juli 1653 betonte, daß die Obrigkeiten den Waisen Gerhaben verordnen sollen, oder daß sie im entgegengesetzten Falle selbst die Gerhaben seien und folglich die Schuld eines Gerhaben tragen müßten" [4]); und eine Entscheidung vom 19. August 1608 sprach den Grundsatz aus, „daß die Obrigkeiten, welche sich der völligen Administration ihrer Pupillen — außer Ersetzung einiges Gerhabens — annehmen, denen Pupillen das Ihrige in Summa, Interessen und Schaden gut zu machen schuldig seien [5]), so daß sie, wenn sie auf das Erbgebührniß der Pupillen kein Achtung geben, dasselbe nicht bessern, sondern übel anlegen, aggraviren und schmälern, auch die Pupillen durch die Pfleger nicht genugsam versichern, sondern die Gründe in Abödung kommen lassen und nichtsdestoweniger die Gaben einnehmen, den Pupillen ex capite malae vel prorsus non administratae tutelae billich obligirt werden" [6]).

---

[2]) Suttinger unter dem Schlagworte „Obergerhabschaft", S. 282.
[3]) Ebenda, S. 319.
[4]) Ebenda, S. 635.
[5]) Ebenda, S. 632.
[6]) Ebenda, S. 283.

Die eben angeführten Entscheidungen gestatten keinen Zweifel, daß neben und außer der ausdrücklich recipirten actio subsidiaria auch noch eine directe Klage gegen die Obervormundschaft angenommen wurde, welche in erster Linie gegen sie angestrengt werden konnte, so oft eine Handlung der Obervormundschaft den Pupillen Schaden zugefügt hatte.

Die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 hatte — dem römischen Rechte auch hier wieder unbedingt folgend — lediglich der Subsidiarverbindlichkeit der Obervormundschaft gedacht und verfügt, „daß, wenn ein Pupille erweise, daß die Obrigkeit mit Setzung tauglicher Gerhaben oder guter Verwalt- und Versicherung seiner Güter gefährlich oder sehr nachlässig gehandelt und ihm dadurch Schaden zugefügt habe, dessen er sich bey denen Gerhaben, ihren Erben und Gütern nicht genugsamb erholen konnte, der Pupill all solchen Abzug und Schaden bey der Obrigkeit per actionem subsidiariam suchen möge“ [7]); allein es ist nicht zu zweifeln, daß neben dieser subsidiären Haftung eine unmittelbare Haftung der Obervormundschaft für alle jene Fälle anerkannt wurde, in denen der Gerhab als Executivorgan lediglich auf Befehl oder doch mit Genehmigung der Vormundschaftsbehörde gehandelt hatte.

Schon der hohe Werth, welchen die Vormundschaftsbehörde auf die Erlangung der Verzichtsquittung legte und nach der Pupillen Rait-Cammer-Reformation vom Jahre 1715 und nach der Landmarschallischen Gerhabschaftsordnung vom Jahre 1727 darauf legen mußte, würde allein beweisen, daß es sich bei den Vormundschaftsbehörden durchaus nicht um Entlastung von der subsidiären, sondern von der directen Haftung handelte; treffend bemerkte aber schon Donner, daß in Oesterreich die Obrigkeit für die Pupillen zu haften habe [8]), und daß die Gerhaben niemals hierzulande besonders nachlässig sein konnten, soferne die Obrigkeit ihre Schuldigkeit gethan hatte [9]).

Es war demnach vollkommen in den Veränderungen, welche dem römischen Rechte gegenüber durchgegriffen hatten, gegründet, wenn das Josefinische Gesetzbuch neben einer subsidiären Haftung auch noch eine directe Haftung der Obervormundschaft ausdrücklich anerkannte und sonach verfügte, daß, wenn der Ersatz eines vom Vormunde dem Mündel zugefügten Schadens weder von dem Vormunde noch dessen Bürgen erholt werden könne, die schuldtragende Obrigkeit hiefür gut zu sein schuldig sei, daß aber für einen Schaden, den die Vormundschaftsbehörde durch ihre üblen Verfügungen selbst zugezogen, sie unmittelbar zu haften habe.

[7]) Gerhabschaftsordnung, XVIII. Titel, §. 8.
[8]) Donner I, S. 39.
[9]) Ebenda, S. 10.

In beiden Fällen sollte jedoch der Ersatz des Schadens nur auf diejenigen Mitglieder der Vormundschaftsbehörde fallen, die an demselben Ursache gewesen waren [10]).

4. Wiedereinsetzung des Mündels in den vorigen Stand (restitutio in integrum).

Das römische Recht gewährte wegen Minderjährigkeit Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtliche Nachtheile, welche dem Minderjährigen durch Handlungen oder Versäumnisse, welche er selbst oder sein Vertreter begangen hatten, verursacht worden waren, soferne ihm nicht das ordentliche Recht schon eine Hilfe dagegen darbot.

Das Gesuch um Wiedereinsetzung mußte innerhalb einer Verjährungsfrist von vier Jahren nach erreichter Volljährigkeit des Mündels bei dem zuständigen Gerichte eingebracht werden und der Spruch, das sogenannte judicium rescindens, wurde nach durchgeführtem contradictorischen Verfahren vom Gerichte selbst gefällt.

Nach österreichischem Rechte war es dem Landesfürsten allein vorbehalten, Restitutionen zu ertheilen; dies bezeugen schon die Landtafeln Oesterreichs unter der Enns [1]) und Oesterreichs ob der Enns [2]), welche beide die Ertheilung der restitutio in integrum als ein Reservatrecht des Landesfürsten, als „sein erweisliches Regal" bezeichneten und insbesondere der Restitutionsgründe der Minderjährigkeit erwähnten, gleichwohl aber die Ertheilung derselben auf jene Fälle beschränkten, in denen ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr zuläßig war.

Im Anschlusse an diese particularrechtliche Abweichung vom gemeinen Rechte bestimmte auch die Gerhabschaftsordnung, „daß es dem Landsfürsten bevorstehe, einem Minderjährigen, auch dessen Erben, wo derselbe auß Unverstand in einer Handlung verkürzt oder hindergangen worden, vermittelst der restitutio in integrum biß nach Verstreichung von 4 Jahren nach erlangter Vogtbarkeit zu Hülff zu kommen, wenn anderst solche Handlung in minderen Jahren beschehen und hernach nicht bestättiget worden, auch kein anderes ordentliches Mittel, durch welches (der Pupille oder Minderjährige) zu dem Seinigen gelangen mochte, vorhanden war".

Die österreichischen Schriftsteller behandelten die Restitution

---

[10]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 93.

[1]) Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, I. Buch, 37. Titel, Fol. 96v.

[2]) Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, II. Theil, 54. Titel' S. 297; in dieser Landtsordnung wurde das Recht, die Restitution an Stelle der Landesfürsten zu ertheilen, der n. ö. Regierung gegeben.

an der Hand des bezeugten Landtsbrauches und der bezogenen Stelle der Gerhabschaftsordnung [3]).

Die Josefinische Gesetzgebung, welche noch in der allgemeinen Gerichtsordnung in Ansehung der Restitution wegen einer durch eine unternommene verbindliche Handlung erlittenen Verkürzung auf die bürgerlichen Gesetze verwiesen hatte [4]), gedachte in dem Vormundschaftsrechte gar nicht mehr des Restitutionsgrundes der Minderjährigkeit, und es läßt sich wohl aus dem Geiste dieser Gesetzgebung entnehmen, daß sie durch die erweiterte amtliche Fürsorge für das Wohl des Mündels dieses außerordentlichen Rechtsmittels umsomehr entrathen zu können glaubte, als Handlungen der Minderjährigen ohne Genehmigung des Vormundes, beziehungsweise der Vormundschaftsbehörde, regelmäßig ungiltig waren und es zu deren Rescindirung eines kaiserlichen Ausspruches nicht mehr bedurfte.

XI. Capitel.

Privilegien und Pfandrechte der Mündel.

Nach römischem Rechte hatten die Pupillen und Curanden das privilegium exigendi, die sogenannte Protopraxie, das ist das Recht, vor allen übrigen persönlichen Gläubigern befriedigt zu werden, falls das Vermögen des Tutors, Curators, Protutors und Procurators in Concurs gerieth; es war ein bloßes privi-

[3]) Vergleiche über Restitution außer den bezogenen Landtsordnungen: die kaiserlichen Verordnungen vom 15. December 1674, Codex austriacus I, unter dem Schlagworte „Advocaten", S. 23; vom 15. Jänner 1734, Codex austriacus, Suppl.-Bd. II, S. 828; vom 23. Mai 1736, Codex austriacus, Suppl.-Bd. II, S. 902; Beckmann unter dem Schlagworte „Restitutio" S. 412—415; Suttinger in seinen Observationes practicae, Obs. CII, S. 274 der ausdrücklich hervorhob, daß nach dem Landtsbrauche die Parteien die Restitutio in integrum bei Hof suchen mußten; Finsterwalder I. Buch, Obs. XCIV, S. 221: De Restitutione in integrum et quis hac in parte sit judex competens." Er sagt: „De consuetudine Austriae Restitutionem in integrum non nisi a Principe impertiri et propterea, illum solum pro ipsius concessione implorandum esse testatur. St. D. Joann. Henric. Reutter; ferner ebenda I. Buch, Obs. XCV, XCVI, XCVII und XCVIII; Reutter ad Tab. XXIV, n. 97—104, S. 35; Weingärtler S. 289; Vossius S. 118, 121, 297 und 481. Treffend bemerkt aber schon Vossius S. 120: „Minores apud nos pro pupillis habe ntur; ideoque resitutione opus non habent, pupillus enim sine tutoris authoritate non obligatur et quidquid alienat, vel vindicatur, vel condicitur. Actiones vero ex contractu cum pupillo initae perpetua exceptione eliduntur". Nur wenn die Mündel durch den Vormund beschädigt worden wären, könne eine Restitution stattfinden, welche dann von dem Landesfürsten zu erbitten sei. Donner, I. Bd., S. 40.

[4]) Allgemeine Gerichtsordnung, §. 271.

legium personae, nicht causae, ging demnach auf die Erben des Pupillen nicht über und war nur gegen die nicht privilegirten Chirographargläubiger, nicht aber gegen Pfand- und Hypothekargläubiger, als Vorzugsrecht wirksam [1]).

Durch eine Constitution Kaiser Constantin's wurde den Pupillen und Minderjährigen auch noch ein gesetzliches Pfandrecht an dem gesammten Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren zuerkannt, gleichviel ob diese die Vormundschaft administrirt hatten oder nicht; durch dieses Pfandrecht gingen nun die Mündel selbst privilegirten Chirographargläubigern vor; denn sie konnten die vom Vormunde veräußerten Sachen mit der Hypothekarklage vindiciren [2]).

Den Pupillen und Minderjährigen stand außerdem ein gesetzliches Specialpfandrecht an jenen Sachen zu, welche mit ihren Geldern angeschafft worden waren, falls sie es nicht vorzogen, ihr Eigenthumsrecht an diesen Sachen geltend zu machen; eines besonderen Privilegiums erfreute sich dagegen das Generalpfand des Mündels am Vermögen des Vormundes nicht.

Das pignus tacitum oder legale des Mündels ist auch in's gemeine deutsche Recht übergegangen [3]).

Nach dem österreichischen Rechte des 16. Jahrhunderts war das Pfandrecht des Mündels am Vermögen des Vormundes allgemein anerkannt, und ebenso das privilegium exigendi; die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 bestätigte den hergebrachten Rechtssatz. Allein das österreichische Recht war weder den Generalhypotheken, noch den stillschweigenden Pfandrechten günstig gestimmt; namentlich in Ansehung unbeweglicher Sachen wurde das Bedürfniß nach Specialität und selbst nach Publicität des Grundpfandes lebhaft empfunden, und schon im 16., noch mehr aber im 17. und 18. Jahrhunderte erfuhren die General- und stillschweigenden Hypotheken in Oesterreich eine erhebliche Einschränkung, ohne daß aber selbst die Josefinische Gesetzgebung zu einer gänzlichen Beseitigung des pignus tacitum gelangt wäre

Obwohl es nicht in unserer Aufgabe liegen kann, eine vollständige Entwickelungsgeschichte des österreichischen Pfandrechtes an dieser Stelle zu schreiben, so können wir dennoch auch hier auf die Nachsicht unserer Leser rechnen, wenn wir ihnen im Wesentlichen und in großen Zügen die Hauptmomente dieser geschichtlichen Entwickelung vortragen, da ohne dieselbe die Hypothek des Mündels an dem Vermögen des Vormundes in Oesterreich nicht leicht begriffen werden kann.

---

[1]) Rudorff III, S. 88.
[2]) Ebenda, S. 90.
[3]) Kraut II, S. 124.

Walther[4]) — unser ältester Gewährsmann — unterschied schon, dem römischen Rechte entsprechend, „dreierley Unterpfand: erstlichen die verschriebenen oder eingesetzten Pfand (pignus conventionale), zum andern die rechtlichen Pfand (pignus tacitum oder legale), zum dritten die Gerichts-Pfand" (pignus in causa judicati captum, pignus judiciale)[5]).

Zu den rechtlichen Pfändern, „so durch Verordnung der Rechten ausser einiger sonderer Convention oder Verschreibung der Gläubiger erfolgen", rechnete Walther auch die Hypothek des Mündels an sämmtlichen Gütern des Gerhaben; denn „es seynd eines jeden Gerhaben Güter dem Pupillen von Rechtswegen verpfändt, obgleich solche Verpfändung ausdrücklich von den Gerhaben nicht geschehen wäre"[6]).

Zwischen den drei Geschlechtern der Verpfändung sollte der Wirkung nach regelmäßig kein Unterschied sein, sondern „welcher das ältere Pfand habe, es sei ein verschriebenes, rechtliches oder gerichtliches Pfand, der sollte den andern Gläubigern, den jüngern Verschreibungen, rechtlichen oder gerichtlichen in allweeg vorgehen", und nur etliche Fälle gab es, „in denen die jüngere Verpfändung der älteren fürgesetzt wurde"[7]).

Zu diesen privilegirten Pfandrechten zählte aber die Generalhypothek des Mündels an dem Vermögen des Vormundes keineswegs; Walther kannte außer den Begräbnißschulden[8]) und dem Lohne der Diener und Ehehalten[9]), welche er sämmtlichen Pfandrechten voranstellte, nur das Pfandrecht der Witwe an dem Vermögen ihres Ehegatten in Ansehung des Heiratsgutes und etlichere andere Fälle als privilegirte Pfandrechte; aber die Generalhypothek des Mündels an dem Vermögen des Vormundes kam unter diesen privilegirten Pfandrechten nicht vor[10]).

Dagegen kannte Walther sehr wohl das privilegium exigendi, erwähnte desselben aber nur mehr in Ansehung der

---

[4]) Walther, Tractatus VI, „In was Ordnung in den Erida-Handlungen, die Gläubiger und Ansprecher bezahlt werden sollen", S. 979—991.

[5]) Ebenda, Cap. II, S. 982.

[6]) Ebenda.

[7]) Ebenda, S. 983.

[8]) Ebenda, Cap. IV, S. 981.

[9]) Ebenda, Cap. V, S. 982.

[10]) Siehe dagegen Suttinger in einer Entscheidung, welche er unter dem Schlagworte „Pupillen Spruch" auf S. 631 anführt, „daß ein jeder Pupill nicht allein tacitam oder legalem hypothecam in der Gerhaben Haab und Güter, sondern auch cum Fisco et Ecclesia ein gleiches Privilegium habe"; ebenso in einer zweiten Entscheidung vom 7. Jänner 1640 unter dem Schlagworte „Hypotheca", S. 346, „daß tacita et legalis Hypotheca etiam posterior einer älteren Conventional-Hypothek vorzuziehen sei, wie es die Regierung in causa der privilegirten Pupillar-Forderungen judicirt habe".

Protutoren, indem er aussprach, „daß, wenn ein ungevogter jemands, der seine Sachen handelte und verwaltete und doch sein Gerhab nicht war, von seiner gepflegten Handlung wegen Zuspruch und Forderung habe, er darinnen andern gemeinen, unbefreiten Geldern vorgezogen werden solle".

Den wirklichen Vormund aber unter die privilegirten Chirographargläubiger zu stellen, schien Walther ganz und gar überflüssig, denn „wenn derjenige, so des Ungevogten Sachen gehandelt und verwaltet, desselben Gerhab gewesen, so habe der Ungevogte nicht allein vor den Gemeinen, sondern auch vor den Befreyten (Chirographargläubigern) den Vorzug" [11]).

Die Generalhypothek des Mündels an dem Vermögen des Vormundes ist in den Landtsordnungen Oesterreichs unter der Enns [12]) und ob der Enns [13]) aufgenommen worden; Schwartzenthaller [14]) und eine von Suttinger überlieferte Entscheidung vom 16. April 1599 [15]) bezeugen deren Bestand, und die Gerhabschaftsordnung schloß sich nur an das überlieferte Recht an, wenn sie sich dahin aussprach, „daß denen Pupillen ihrer Gerhaben Haab und Güter von Zeit der angetretenen Gerhabschaft tacite verpfändt seynd" [16]).

Ungeachtet dieser allgemeinen Reception des pignus tacitum überhaupt und des pignus tacitum der Pupillen an dem Vermögen des Vormundes insbesondere, waren denn doch schon die Landtsordnungen Oesterreichs ob und unter der Enns bestrebt, bei der ausdrücklichen und öffentlichen Verpfändung „dem Satze" den Vorzug vor den stillschweigenden Hypotheken zu verschaffen, und

---

[11]) Walther, Cap. VII, S. 985.

[12]) Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns. Dieses Gesetz handelt von dem Pfandrechte an zwei Orten; die Titel 14, 15 und 16 des II. Buches, Fol. 146—157v. handeln vom Pfandrechte überhaupt; die Titel 107—126 des III. Buches von dem Cridarprocesse, Fol. 310v.—321v.; die entscheidenden Stellen finden sich im 16. Titel des II. Buches, Fol. 155.

[13]) Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns. Diese behandelt den Gegenstand in der Lehre vom Pfandrechte im 22., 23., 24. und 25. Titel des III. Theiles, S. 437—454, und handelt dann im 27. Titel, S. 460—462, von dem Unterschiede der befreiten und unbefreiten Gläubiger; und im 28. Titel, S. 462—474, von dem Cridaprocesse. Die entscheidende Stelle findet sich im 28. Titel auf S. 470.

[14]) Schwartzenthaller in seinem Tractatus de pignoribus et hypothecis (An. 1594) caput decimum: De reliquis causis (in quibus pignus vel hypotheca tacite contrahitur).

[15]) Suttinger, S. 636: „Ein Pupill erlangt von der Zeit an, als sich sein Gerhab der Gerhabschaft unterfangen, auf alle seine Güter tacitam et legalem hypothecam cum privilegio."

[16]) Gerhabschaftsordnung, XVIII. Titel, §. 2; von den Schriftstellern des 17. Jahrhunderts sind über das Pfandrecht zu vergleichen: Weingärtler S. 172—177; Beckmann unter dem Schlagworte „pignus", S. 333, und Reutter ad Tab. IV, Nr. 14—27, S. 6—8.

dieſes Gewohnheitsrecht bildete ſich in der Folge immer mehr und mehr aus.

Die n. ö. Landtsordnung anerkannte zwar ausdrücklich, daß ein verſchriebenes Pfand auf dreierlei Weiſe conſtituirt werden könne: erſtens bei den Grund- und Gewährbüchern durch einen verſchriebenen Satz, dann durch ſchriftliche Satzverſchreibungen, und drittens durch mündliche Convention (da des Contrahenten Willkür und nicht die Verbriefung ein Pfandrecht bewirke)[17]; allein nur jene Gläubiger, welche bei dem Grundbuch oder durch andere liquidirte Verſchreibungen expressam hypothecam hatten, ſollten allen anderen Gläubigern, welche nur mit rechtlichen Pfändern und tacitis hypothecis verſehen, vorgezogen werden[18], und der Vorzug der ſtillſchweigenden Hypotheken ſollte nur ſo weit gehen, daß ſie im Eridaproceſſe vor allen befreiten und unbefreiten Geldern der privilegirten und nichtprivilegirten Chirographargläubiger befriedigt werden[19].

Die o. ö. Landtsordnung ging ſogar noch weiter und erklärte, „daß, damit den creditoribus hypothecariis oder Satzgeldern viel weniger Gefahr zugezogen, ſondern der Credit im Landt deſto beſſer erhalten möge werden, von dato dieſer Landtsordnung alle Pfandt-Verſchreibungen bei den Gerichten und Obrigkeiten, darunter die verpfändten Güter gelegen, angemeldet und in ein ſonderbahres Buch eingeſchrieben werden ſollen", widrigenfalls der wenn gleich ältere aber erſt ſpäter eingeſchriebene Pfandgläubiger dem früher eingeſchriebenen Pfandgläubiger zu weichen hätte[20].

Beckmann rühmte dieſen Gebrauch, der ſich zu ſeiner Zeit ſchon auf Unter- und Oberöſterreich erſtreckt hatte, ſehr[21], und derſelbe hatte ſich am Beginne des 18. Jahrhunderts ſchon dermaßen befeſtigt, daß der Art. XLVII der Wiener Wechſelordnung vom 10. September 1717 den Grundſatz ausſprechen konnte, „daß die hypothecae conventionales ohne gerichtliche Inhibition, Execution oder Fürmerkung bei dem Unter-Marſchall oder Fürbieter-Amte oder dem Grundbuche, hier im Lande kein jus reale geben"[22].

---

[17] Landtsordnung für Oeſterreich unter der Enns, II. Buch, 16. Titel, Fol. 154v.

[18] Ebenda, III. Buch, 112. Titel, Fol. 313.

[19] Ebenda, III. Buch, 115. Titel, Fol. 315v.

[20] Landtsordnung für Oeſterreich ob der Enns, III. Theil, 22. Titel, S. 443.

[21] Beckmann unter dem Schlagworte „Hypothek", S. 202: „Dahero werden die Verpfändungs-Schreiben zu Wienn nicht für recht, gültig und kräfftig gehalten, die nicht solenniter in das Land-Gedenk-Buch geschrieben seynd." Beckmann bedauert es, daß das ſteieriſche Recht nicht auch dieſen Grundſatz angenommen habe.

[22] Codex austr., Suppl.-Bd. I, S. 881—904, Art. XLVII, S. 892. Vergl. auch den Commentar zu dieſem Geſetze von J. R. Wegelin,

Es war sonach auch sehr erklärlich, daß im 17. Jahrhunderte gestritten werden konnte, ob ein älteres stillschweigendes Pfand einem jüngeren gerichtlichen Pfande — dem Ansatze, primum decretum — vorgezogen werden dürfe oder nicht[23]).

Einen entschiedenen Angriff gegen die stillschweigenden Generalhypotheken enthielt das Gesetz vom 17. August 1635, welches im Codex austriacus unter der Ueberschrift „Schermungs-Edict" enthalten ist.

Auf dringende Vorstellungen der drei oberen Stände Oesterreichs unter der Enns gestattete der Kaiser, daß, „wenn sich mit den Land-Gütern (sie seyen Freys-Eigen oder Lehen), auch mit Frey-Häusern, Höfen, Mühlen, Käuff oder in andern Weeg ex quocunque capite Veränderung begäben, solche zu Abstellung aller hierbey versirenden Angelegenheiten (zum Fall es anders der Kauffer oder Interessirte also begehren und deßwegen bey ihrer Instantz einkommen wollten, welches einem jeden, so noch hievon Güter durch Käuff oder in andern weeg an sich gebracht, oder künfftig an sich bringen möchte, frey gelassen wurde) per Edicta publica jedesmahl notificirt, auch allen und jeden, so entweder in possessorio, vel petitorio aut alio quovis titulo, bei solchen Gütern intressiret und darzu Sprüch zu haben vermeinten, aufferlegt werden sollte; daß sie sich nach angeschlagenen oberstandenen Edict inner nächsten dreyen Jahren und achtzehn Wochen peremptorie, mit ihren liquidirten Anforderungen am gebührenden Orte anmelden, und dieselben der Ordnung nach produciren, im widrigen, da solches inner diesem präficirten Termin nicht beschehen würde, sie weiter nicht gehört, sondern mit ihren Prätensionen gäntzlich abgewiesen werden sollen".

Von dieser allgemeinen Verbindlichkeit, sämmtliche Ansprüche und auch die stillschweigenden Hypotheken innerhalb der Edictalfrist anzumelden, waren nur die Lehensherren, die unvergerhabten Pupillen, absentes ex justa et necessaria causa und piae causae ausgenommen; dagegen war, „im Falle Jemand durch gerichtlichen Urlaub und Einantwortung ein Gut im Possess bekommen hatte, ausdrücklich bestimmt worden, daß ein solcher Käufer das Schermungsedict zu verlangen nicht nothwendig hatte, sondern daß er nach Verstreichung von drei Jahren und achtzehn Wochen nie-

II. Aufl., Wien 1722, S. 128, der ebenfalls erwähnt, daß die Verpfändung der unbeweglichen Güter jederzeit gerichtlich geschehen müsse.

[23]) Suttinger unter dem Schlagworte „Pupillen-Sprüch" S. 630. Die diesbezügliche Entscheidung vom 19. August 1648 spricht den Grundsatz aus, daß nur deswegen, weil das Pfandrecht der Pupillen nicht im Privat-, sondern im öffentlichen Rechte wurzle, das ältere stillschweigende Pfandrecht dem jüngeren gerichtlichen Pfandrechte nachstehe.

manden, wer der auch seye, Rede und Antwort zu geben schuldig sein solle“ [24]).

Das Schermungsedict hatte entschieden den Zweck, eben den Einfluß der Generalhypotheken und der stillschweigenden Pfandrechte abzuschwächen; die Gläubiger und Ansprecher konnten von dem neuen Käufer gezwungen werden, ihm ihre Rechte bekanntzugeben, und die kurze Verjährungsfrist von drei Jahren und achtzehn Wochen mußte als eine wahre Wohlthat dem früheren Zustande gegenüber betrachtet werden, nach welchem stillschweigende Hypotheken nach vielen Jahren hervorkommen konnten, so daß der Realcredit hiedurch erheblichen Schaden litt.

Indessen hat auch das obenbezogene Gesetz seinen Zweck vollkommen nicht erreichen können; unterm 24. April 1713 beklagte sich der Kaiser darüber, „daß so viel Streit und Irrungen, auch schädliche Confusiones bei Veränderungen der Gütter und Grundstücken zwischen denen Käuffern oder neuen Inhabern und denjenigen, welche hierauf einige Sprüch, sonderbar aber tacitas legales hypothecas haben, allhier in Oesterreich sich ereigneten“.

Der Kaiser betonte, daß auch das Schermungsedict seinen Zweck nicht habe erreichen können, namentlich da es in die Willkür der Inhaber des Guts gestellt gewesen sei, die Ausfertigung des Schermungsedictes zu veranlassen, wodurch die Parteien in noch größere Weitläufigkeiten verfallen seien.

Es sollte demnach in Ueberlegung gezogen werden, ob es nicht zur Vermeidung von Streit und Irrung besser wäre, „wenn alle und jede, auf den Land-Gütern, sie seyen freyes Eigen oder Lehen, item auf den Frey-Häusern, Höfen, Mühlen und Particular-Grundstücken und Gülten, haftenden Forderungen und tacitae hypothecae, sonderbar die heyratlichen und Pupillar-Sprüch, legata et fideicommissa und dergleichen bey behöriger Instanz in congruo termino, und zwar sub poena praeclusi, dergestalt fürgemerkt würden, daß eine im angesetzten Termin nicht fürgemerkte Anforderung, nach Verfliessung solcher Zeit, für keinen Real-, sondern Personal-Spruch angesehen werde, folgends den fürgemerkten weichen solle“.

Sowohl die n. ö. Regierung wie auch die Stände wurden beauftragt, über diesen Punkt ausführliche Gutachten nach Hof zu erstatten [25]).

---

[24]) Codex austr. II, S. 280. Der Urlaub oder die Einantwortung war der zweite Executionsgrad des österreichischen Rechtes; der Ansatz, das primum decretum, bewirkte ein gerichtliches Pfand, der Urlaub oder die Einantwortung die Eigenthumsübertragung an die Gläubiger; nachher folgte erst die Schätzung, um zu ermitteln, in welchem Betrage das Gut des Schuldners dem Gläubiger zugeschlagen werde.

[25]) Codex austr., Suppl.-Bd. I, S. 684. Nach diesem Gesetze sind bis zu den Landtafelpatenten noch einzelne Verordnungen über Pfandrecht er-

Man kann aus dem Angeführten leicht erkennen, wie sehr die Regierung zu der Ueberzeugung gelangt war, daß die stillschweigenden Hypotheken dem Realcredite des Landes schädlich seien, und daß es sich darum handelte, das Princip der Publicität und Specialität des Grundpfandes nach Möglichkeit durchzusetzen.

Dieser Zweck wurde indessen erst im 18. Jahrhunderte durch die ober- und niederösterreichischen Landtafel- und die niederösterreichischen Fürmerkungsbücherpatente erreicht, welche in der That zuerst beide obgenannten Principien des Pfandrechtes zur Geltung gebracht hatten.

Die Aufmerksamkeit der Regierung lenkte sich bei diesen Verbesserungsvorschlägen natürlicherweise in erster Linie auf Böhmen, welches in seiner alten Landtafel auch ein monumentales Institut des Realcredites besaß.

Maria Theresia erklärte demnach auch in dem am 3. October 1754 erschienenen Landtafelpatente für das Erzherzogthum Oesterreich ob der Enns[26]), daß es zur besseren Sicherung des Realcredites keinen anderen Weg gebe, als in diesem Lande ebenso wie in den böhmischen und verschiedenen österreichischen Erbländern ein Landtafel- oder ein Vormerkungsamt einführen zu lassen.

Freilich sollten aber noch nicht alle im Lande befindlichen unbeweglichen Güter ohne Ausnahme, sondern allein die „im Landhause inliegenden Herrschaften, Güter und Gülten, auch Freyhäuser, und was sonst an Unbeweglichkeiten der Erkenntniß der Landeshauptmannschaft unterworfen sei, darunter begriffen sein“[27]).

Durch dieses Gesetz wurde nun ausdrücklich bestimmt, daß Niemand mehr anders als mit der Landtafel den sicheren Besitz oder ein sonstiges auf dieser Sache haftendes Vorrecht erlangen könne, und es wurden die sogenannten verschwiegenen Pfandschaften (tacitae et legales hypothecae und credita privilegiata), mit

---

schienen, welche großentheils sich an die Entscheidung einzelner Fälle anschlossen. Siehe Verordnung vom 18. März 1722: Hypothecae antiquiores gehen gerichtlichem Ansatz vor. Codex austr., Suppl.-Bd. II, S. 37. — Innerösterr. Mercantil- und Wechselordnung vom 20. Mai 1723. Codex austr., Suppl.-Bd. II, S. 49, Art. XLVI, „von den Pfändern in Wechselsachen“, und §. 9 der Instruction, S. 71. — Verordnung vom 8. März 1726 über das Jus offerendi. Codex austr., Suppl.-Bd. II, S. 384. — Verordnung vom 16. November 1728 über das Pfandrecht in Cridasachen. Codex austr., Suppl.-Bd. II, S. 502. — Verordnung vom 24. December 1733: Hypotheca antiquior geht gerichtlichem Ansatz vor, auch in Behandlung der Zinsen. Codex austr., Suppl.-Bd. II, S. 827. — Verordnung vom 5. August 1734, „Crida-Handlung“. Codex austr., Suppl.-Bd. II, S. 853, und Verordnung vom 27. Februar 1739, Prioritäts-Streit in Judicio Concursus zu entscheiden. Codex austr., Suppl.-Bd. II, S. 1058.

[26]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 897—902.

[27]) Ebenda, §. 2.

Ausnahme der dreijährigen Landesauslagen [28]), dann der letzten Krankheits- und Beerdigungskosten, der Inventursgebühren und des dreijährigen Liedlohnes der Dienstboten [29]) in Ansehung dieser Landtafelobjecte ausdrücklich aufgehoben [30]), dagegen aber erklärt, daß die gesetzlichen Pfandrechte in Ansehung des übrigen Vermögens des Schuldners weiter noch ihre rechtliche Kraft zu behalten haben [31]).

Die Sicherung des Mündels im Vermögen des Vormundes sollte aber nicht ohne wichtige Präventivmaßregeln aufgegeben oder geschmälert werden; der Richter hatte von Amtswegen darauf zu sehen, daß die Fürmerkung des mütterlichen Vermögens der Kinder auf die Güter des Vaters [32]), der Dotal- und Paraphernalansprüche minderjähriger Frauenspersonen [33]) und der Minderjährigen und Pflegebefohlenen in Ansehung der ihnen zustehenden Forderungen erfolge [34]), und sie waren berechtigt, sogar eine Generalfürmerkung auf des Vormundes Güter einschreiben zu lassen, um die Mündel vor etwaigem Schaden zu bewahren.

Zur Inscription der stillschweigenden Hypotheken wurde ein Termin von 1 Jahr und 6 Wochen, vom 1. November 1754 an gerechnet, ertheilt und vorgeschrieben, daß im Säumnißfalle der Pupille sich des Schadens bei den Vormündern und dem Gerichte erholen könnte [35]).

Um endlich die Pupillengelder der Unterthanen, dann die Depositen- und Wehrungsgelder sicherzustellen, wurde in diesem Gesetze die Octava geschaffen und der achte Theil des Werthes des Gutes für solche sich im Künftigen ergebende Schulden beständig vorgemerkt [36]).

Analoge und ausführliche Bestimmungen erließ das Landtafelpatent für Oesterreich unter der Enns vom 24. November 1758 [37]); auch durch dieses Gesetz wurden nicht alle, sondern nur die dem Erkenntniß des Landrechtes und der landmarschallischen Gerichtsbarkeit unterworfenen Güter der Landtafel einverleibt, und es wurde noch hinzugefügt, daß auf solchen Gütern versicherte Capitalien ganz so wie die Landtafelgüter selbst in Ansehung der Fürmerkungen zu behandeln seien [38]); es wurden die tacitae und

---

[28]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 897—902, §. 16.
[29]) Ebenda, §. 18.
[30]) Ebenda, §. 5.
[31]) Ebenda, §. 25.
[32]) Ebenda, §. 22.
[33]) Ebenda, §. 23.
[34]) Ebenda, §. 24.
[35]) Ebenda, §. 7.
[36]) Ebenda, § 24.
[37]) Ebenda, S. 1282.
[38]) Ebenda, §. 1.

legales hypothecae dahin beschränkt, daß sie allen auf dem Reale eingetragenen Forderungen nachgehen sollten [39]), und zur Sicherheit der Pupillenforderungen dieselben Vorsichten wie in der oberösterreichischen Landtafel getroffen und ebenfalls die Octava eingeführt [40]).

Schließlich war es das Gesetz über die Einführung von Fürmerkbüchern bei den Grundbüchern vom 1. September 1765, welches die gleichen Grundsätze der Specialität und Publicität des Pfandrechtes auch auf die Stadt Wien, die im Wiener Burgfrieden gelegenen Grundgerichte und auf sämmtliche, eine Grundherrlichkeit besitzende Städte und Märkte des Erzherzogthums Oesterreichs unter der Enns ausdehnte und daher gleichfalls die bereits erörterten Verfügungen in Ansehung der stillschweigenden Pfandrechte und in Ansehung der für Mündel und Pflegebefohlene nothwendigen Schutzmaßregeln enthielt [41]).

Durch diese drei Gesetze waren nun thatsächlich die gesetzlichen Hypotheken erheblich eingeschränkt worden; sie erstreckten sich nur mehr auf die unterthänigen Gründe und auf das bewegliche Vermögen und hatten auf das in den Landtafeln und Fürmerkungsbüchern inliegende Object nur soweit Einfluß, daß die Pfandgläubiger — wenn sämmtliche vorgemerkte Gläubiger befriedigt waren — vor den gemeinen nicht befreiten Forderungen aus dem Erlöse dieser Güter zur Befriedigung gelangten.

Von den österreichischen Schriftstellern des 18. Jahrhundertes beschäftigte sich insbesondere Grenek [42]), dessen Werk noch vor den Landtafelpatenten erschienen war, eingehend mit dem Pfandrechte nach österreichischem Rechte und mit dem Concursprocesse; Grenek gedachte des Unterschiedes zwischen dem Conventionalpfande nach gemeinem und nach österreichischem Rechte und bezeugte, daß, nach der Anschauung vieler Rechtsgelehrten, die Conventionalhypotheken entweder keine Wirkung hatten oder mindestens nicht zum Nachtheile eines Dritten gereichen durften, eine Ansicht, welche uns umsomehr interessirt, als sie zeigt, wie vorbereitet das österreichische Recht auf die Einführung der Specialität und Publicität des Pfandrechtes gewesen ist; Bannizа [43]) und

[39]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 1282, §. 24.

[40]) Ebenda, §. 23.

[41]) Ebenda, Suppl.-Bd. IV, S. 748—754. Siehe auch über diese ganze Materie Ludwig Freiherrn v. Haan: „Studien über Landtafelwesen", Wien 1866, S. 19—25 und 114—119.

[42]) Grenek, Vierzehnter Abschnitt: Von grundbücherlichen Sätzen, dessen Vorzug und was daran anhängig, S. 327—378.

[43]) Bannizа S. 118.

Bossius[44]) beziehen sich im Allgemeinen nur auf die Bestimmungen der österreichischen Gesetze, und Donner[45]) hob endlich ganz richtig hervor, daß bei den unterthänigen Gütern die stillschweigenden Unterpfänder noch ihren Werth auch nach dem Erscheinen der Landtafel- und Fürmerkungsbücherpatente wie zuvor behalten haben, und daß dasselbe auch bei den beweglichen Gütern, und zwar durchaus, beobachtet wurde.

An diesem Zustande hatte auch das Josefinische Gesetzbuch nichts geändert; zwar hatte die Concursordnung vom 1. Mai 1781 die Forderungen der Pupillen und Jener, die den Pupillen in den Gesetzen gleichgestellt waren, wider ihre Gerhaben, Curatoren, Güterverwalter und Obrigkeiten als Obergerhaben in die dritte Classe der Concursgläubiger, mithin nach den Pfandgläubigern, welche in die zweite Classe gesetzt worden waren, eingereiht und es umfaßte die dritte Classe nunmehr die sogenannten privilegirten Chirographargläubiger, welchen vor den Gemeingläubigern ein Vorrecht ertheilt werden sollte[46]).

Allein daß dadurch an dem bestehenden stillschweigenden Pfandrechte des Mündels an dem Vermögen des Vormundes nichts geändert werden wollte, bewies nicht nur die Concursordnung selbst, indem sie diese Forderungen nur so weit in die dritte Classe zu setzen für nothwendig fand, als dieselben nicht ohnedies mit einem Pfandrechte bedeckt waren, sondern es wurde durch das Hofdecret vom 30. Juli 1782 auch noch insbesondere erklärt, daß nicht die Concursordnung es bestimme, wem ein ausdrückliches oder stillschweigendes Pfandrecht gebühre, sondern daß sich diesfalls nach den damaligen Gesetzen und rechtsbeständigen Gewohnheiten zu richten sei[47]); und schließlich wurde durch das Hofdecret vom 7. Februar 1783 noch deutlicher ausgesprochen, daß, da im §. 17 der Concursordnung an dem damaligen Gesetze über das Pfandrecht

---

[44]) Bossius S. 225—251, und in Ansehung des Pfandrechtes des Mündels an dem Vermögen des Vormunds S. 296.

[45]) Donner I, S. 38; II, S. 143—150.

[46]) Concursordnung, Nr. 14 J. G. S., §. 19. Die Concursordnung setzte in die erste Classe des Concurses die privilegirten und in die zweite Classe die nichtprivilegirten Pfandgläubiger; in die dritte die privilegirten, und in die vierte die nichtprivilegirten Chirographargläubiger. Es verdient hervorgehoben und genau erörtert zu werden, wie so sich sowohl die privilegirten Pfandrechte, wie die privilegirten Chirographarforderungen in Oesterreich entwickelt haben; namentlich umfaßte die dritte Classe der Concursordnung bald solche Forderungen, welchen im alten österreichischen Rechte nur Pfandrechte zugestanden waren, wie die Mündelforderungen und die sogenannten „heyrathlichen Sprüche", bald nur solche Forderungen, wie eben die Wechselverbindlichkeiten, welche im alten österreichischen Rechte nur ein Privilegium hatten, ohne mit einem Pfandrechte bedeckt zu sein.

[47]) Nr. 55 lit. c J. G. S.

nichts geändert worden sei, auch die stillschweigenden Pfandrechte, soweit sie damals den Landesgesetzen angemessen seien, unerschüttert bleiben [48]).

Das Josefinische Gesetzbuch selbst hat das stillschweigende Pfandrecht des Mündels an dem Vermögen des Vormundes nicht mehr berührt; es bestand daher dasselbe in gleichem Umfange fort, wie es bis zur Erlassung dieses Gesetzes gegolten hatte; allerdings war die Josefinische Gesetzgebung dem stillschweigenden Pfandrechte nicht günstig gestimmt, allein trotzdem ist es zu einer gesetzlichen Aufhebung desselben nicht gekommen.

Daß die Bedeutung des Pfandrechtes sinken mußte, sobald die Verwaltung des Vermögens nahezu ganz in die Hände der Obervormundschaft gelegt war, leuchtet von selbst ein; auch hatte ja die Obervormundschaft dafür zu sorgen, daß nicht erst Forderungen des Mündels an den Vormund entstehen, beziehungsweise daß jene Forderungen sogleich berichtigt werden, zu deren Sicherheit das gesetzliche Pfandrecht des Mündels am Vermögen des Vormundes dienen sollte.

XII. Capitel.

Belohnung der Vormünder und der Rechnungsaufnehmer.

Nach älterem römischen Rechte konnte ein Honorar für die persönliche Mühewaltung des Vormundes überhaupt nicht gefordert werden; später war es der Obrigkeit gestattet, gleich bei der Bestellung dem Vormunde ein bestimmtes Salarium auszusetzen [1]); nach den meisten deutschen Particularrechten konnte der Vormund, wenn es die Vermögensumstände des Mündels zuließen, auf eine Vergütung Anspruch machen, welche von der Vormundschaftsbehörde bald am Beginne der Vormundschaft, bald am Ende eines jeden Rechnungsjahres, bald endlich am Schlusse der Vormundschaft, festzusetzen war; die Bemessung des Honorars war dem Richter überlassen, welcher hiebei sowohl die Arbeit und Mühe des Vormundes, als auch die Einkünfte des Mündels zu berücksichtigen hatte; hie und da war ihm aber auch ein bestimmter Maßstab gegeben oder doch wenigstens ein Maximum festgesetzt worden [2]).

Die Polizeiordnung des Jahres 1552 kannte eine Belohnung nur für Dativvormünder; „dieweil es beschwerlich und

[48]) Nr. 120 lit. c C. O. Dasselbe wird nochmals durch das Hofdecret vom 18. November 1785, Nr. 496 J. G. S., wiederholt.

[1]) Rudorff III, S. 131—132.

[2]) Kraut II, S. 159 - 162.

ungepirlich sei, daß ein Frembder, so zu ainer Gerhabschaft verordnet wirde, unnd khain Hoffnung khünfftiger Erbschafft hatte, umbsonst dienen und schwäre verantworttung der Raittung und andern puerden vergeblich tragen solle, so soll demselbigen nach gelegenheit, grösse der Gerhabschafft-Handlung und derselben Güetter durch die ordentliche Obrikhait und Raithandler aine Besöldung bestimbt, verordnet und bezalt werden" [3]).

Doch gab es nach diesem Gesetze nur eine Besoldung für den „Rait-Gerhaben", nicht aber für den Bestandgerhaben; denn sollten die Güter des Mündels dem Vormunde in Bestand gegeben werden, dann mußte der Bestand immer „ohne fernere Besoldung des Gerhaben" gehandelt werden, weil eben in dem Bestande der Güter ein Ersatz der Mühewaltung bei der Vormundschaftsführung erblickt wurde, und weil diese Bestandgerhabschaft sich offenbar aus der tutela usufructuaria des deutschen Rechtes herausgebildet hatte [4]).

Analoge Bestimmungen enthielt über diesen Gegenstand auch die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, welche aber außerdem eine Entlohnung der Raithändler und Rechnungsaufnehmer erwähnte, welche sodann auch in die spätere Gesetzgebung überging [5]).

Die Gerhabschaftsordnung widmete „der Belohnung der Gerhaben" den 21. und letzten Titel und bestimmte, daß nicht blos ein vom Richter bestimmter, sondern daß in gleicher Weise auch ein testamentarisch berufener oder gesetzlicher Tutor die Belohnung zu empfangen, und daß das Gleiche von den Raittungsaufnehmern zu gelten habe.

„Damit Diejenigen — so verfügte das Gesetz —, denen eine Gerhabschafft entweder durch den letzten Willen oder von Rechts- und Freundschaftswegen oder sonsten von der Obrigkeit auffgetragen wird, sich davon zu entschuldigen desto weniger Ursachen, sondern selbige zu übernehmen und mit allem obliegenden Fleiß, Eyfer und Sorgfalt zu verrichten mehreren Antrieb haben, wie auch diejenigen, welche zur Auffnehmung der Raittungen, Inhalt des 17. Titels, verordnet werden, ihre gebührende Remuneration empfangen: So wollen wir, daß hinfüro denen Gerhaben und Raittungsaufnehmern von deß Pupillen Einkommen eine gewisse Belohnung, nach Beschaffenheit der Gerhabschafft, darbey habenden Bemühung, und deß Pupillens Vermögens, bey Auffnehmung einer jeden Gerhabschaffts-Raittung und darüber einreichenden Relation, außgezeichnet, und von der Obrigkeit, worunter die Gerhabschaft gehörig, nach

[3]) Polizeiordnung, Fol. XX.
[4]) Ebenda, Fol. XXv.
[5]) Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, III. Theil, 43. Titel, S. 566 und 573.

billichen Dingen und zwar bey unseren Landmarschallischen Gerichten im offenenen Landrechte erkannt und zugesprochen werde" [6]).

Waren zwei oder mehrere Gerhaben zu einer Gerhabschaft verordnet, aber nur Einem allein aus ihnen entweder durch letzten Willen oder von der Obrigkeit oder auch nur von den anderen Mitgerhaben die Verwaltung aufgetragen und von ihm auch verrichtet worden, so sollte derselbe auch allein die ausgesetzte Belohnung genießen, es hätten sich denn die Mitgerhaben untereinander eines anderen verglichen [7]).

Schließlich wurde noch bestimmt, „daß auch Niemand sich der Gerhabschaft über arme und unvermögende Pupillen verweigern dürfe, wenn er nicht erhebliche Ursache habe"; beinebens wurde aber auch den Obrigkeiten aufgetragen, dahin bedacht zu sein, „daß nicht einem allein die armen und andern die reichen Gerhabschafften auffgetragen, sondern eine mit der andern soviel möglich übertragen werde" [8]).

Die Instruction für die Rechnungsaufnehmer bei dem landmarschallischen Gerichte vom 24. December 1725 bestimmte eine eigene Taxe für die Rechnungsaufnehmer, so daß sie für jede Session eine bestimmte Summe ansprechen konnten, welche je nach dem Vermögen auf 6, 5 und 4 fl. bestimmt war; dem Actuar und Calculator gebührte ein Drittel dieser Summe [9]).

Durch das Gesetz über Majorennitätsjahre-Bestimmung vom 12. April 1753 wurde die Remuneration der Gerhaben auf die Hälfte des vom Gerichte ausgemessenen Quantums für die Zeit nach erreichtem 22., beziehungsweise 20. Lebensjahre des Mündels bestimmt [10]); Donner bezeugt aber, daß dieses Gesetz in Oesterreich nicht beobachtet wurde [11]).

Das Patent vom 25. November 1756 hatte endlich eine neue Raittung eingeführt, welche für die erste Vormundschaftsrechnung mit 3 Procent der Nutznießung, für jede folgende Rechnung mit 1 Procent, und für das Absolutorium mit einen Sechstel der Raittung bemessen wurde [12]).

Die Gerichtsinstruction vom 9. September 1785 hatte die Rechnungsprüfung den Buchhaltern, und an Orten, wo keine Buchhaltungen waren, den Raitofficialen zugewiesen, daher die Bestimmungen über die Belohnungen der Rechnungsaufnehmer entfielen [13]).

---

[6]) Gerhabschaftsordnung, XXI. Titel, §. 1.
[7]) Ebenda, §. 2.
[8]) Ebenda, §. 3.
[9]) Codex austr., Suppl.-Bd. II, S. 372, §§. 11, 12 und 13.
[10]) Ebenda, Suppl.-Bd. III, S. 757, §. 10.
[11]) Donner I, S. 42.
[12]) Ebenda, S. 36.
[13]) Patent vom 9. September 1785, Nr. 464 J. G. S., II. Abth., VII. Abschnitt, §. 55.

Das Josefinische Gesetzbuch enthielt endlich nur mehr Bestimmungen über die Belohnung der Vormünder, nicht aber über Remuneration der Rechnungsaufnehmer.

Was nun die Belohnung der Vormünder selbst anbelangt, so anerkannte das Josefinische Gesetzbuch, daß es die Billigkeit erfordere, emsige Vormünder zu belohnen; diese Belohnung sollte von der Vormundschaftsbehörde nach den Umständen, besonders nach der je größeren oder kleineren Mühe bei der Erziehung der Waisen, bei der Verwaltung des Vermögens und bei Erhebung der Einkünfte, bestimmt, doch niemals höher als mit Fünf von Hundert der reinen Einkünfte ausgemessen, und in keinem Falle der Betrag von 4000 fl. überschritten werden.

Wo das Vermögen der Waisen so gering war, daß wenig oder gar nichts in jährliche Ersparung gebracht werden konnte, da war der Vormund die Vormundschaft in der Zwischenzeit unentgeltlich zu führen schuldig; wenn es sich dann am Ende derselben zeigte, daß ein kleiner Zuwachs erübrigt oder doch wenigstens das Vermögen unverändert erhalten worden war, oder endlich doch die Waisen durch gute Erziehung in den Stand gesetzt worden waren, ohne Verringerung ihres Vermögens sich selbst zu unterhalten, war dem Vormunde eine mäßige Erkenntlichkeit zuzuerkennen.

Wenn ein Vormund dafür hielt, eine Belohnung fordern zu können, und ihm eine Belohnung nicht zugesprochen worden war, hatte er eine Frist von drei Jahren, um seine Forderung geltend zu machen.

Wenn ihm dagegen die Belohnung im Verhältnisse zu den Umständen zu gering, oder wenn dieselbe den Verwandten des Waisen zu groß erschien, so gab es kein Klagerecht, sondern es konnte sich der Vormund und der Verwandte diesfalls nur bei dem oberen Richter beschweren.

Der Vormund hatte hiezu einen Termin von 14 Tagen, die Verwandten des Mündels dagegen den Termin von Einem Jahre, vom Tage der Erledigung der Rechnung an gerechnet.

XIII. Capitel.

Rücklick auf die Entwickelung der österreichischen Altersvormundschaft.

Wir haben das Vormundschaftsrecht Niederösterreichs in seiner geschichtlichen Entwickelung begleitet und mit dem Zeitpunkte begonnen, da ein österreichisches Landesgesetz die wichtigen reichsgesetzlichen Bestimmungen des 16. Jahrhundertes in unser Land

übertragen hatte, und mit dem Augenblicke unsere Darstellung abgebrochen, als der Particularismus der Gesetzgebung aufgehört und ein Vormundschaftsrecht für die österreichischen Erbländer geschaffen worden war.

Was uns zu einem Rückblicke insbesondere auffordert, ist die Thatsache, daß wir den verschiedensten Auffassungen, den mannigfachsten Principien und deren Kämpfen begegneten, so daß es nahezu keine Form des vormundschaftlichen Schutzes gibt, welche nicht in irgend einem Gesetze oder einer Gewohnheit Berücksichtigung gefunden hätte.

Das Recht der oberen Stände, namentlich Oberösterreichs, zeigte uns, wie sehr das Institut der Vormundschaft sich bei dieser Gesellschaftsclasse als Familiensache erhalten hatte, da dort der gewählte Vormund dem gesetzten vorging; Spuren des Familienrathes begegneten wir aber auch im Vormundschaftswesen der oberen Stände und der Städtebürger Niederösterreichs, und nur langsam und allmälig scheidet die Bedeutung der Familie aus dem Vormundschaftswesen.

Wir sahen aber auch andere Erscheinungen; wir sind Formen begegnet, welche an die Bestellung des Vormundes und Gegenvormundes lebhaft erinnern; wir fanden die Ueberreste der tutela usufructuaria des deutschen Rechtes; wir begegneten endlich in dem Institute der Raithändler, Rechnungsaufnehmer und Rechnungsherren beim Adel und in den Städten und Märkten den Anfängen einer Institution des Pflegschaftsrathes, welche sich unabhängig vom Familienrathe entwickelt und auf die Eigenthümlichkeiten der verschiedenen Gesellschaftsclassen entsprechende Rücksicht genommen hatte.

Aber alle diese verschiedenen Richtungen, welche das Vormundschaftsrecht in Oesterreich in den von uns betrachteten drei Jahrhunderten angenommen hatte, konnten nicht die Bedeutung erreichen, um der einen kräftigsten Richtung, der steten Entwickelung der Obervormundschaft, Stand zu halten.

Immer mehr und mehr wußte die Obervormundschaft alle anderen Elemente des vormundschaftlichen Schutzes theils zu beseitigen, theils sich unmittelbar dienstbar zu machen, bis zuletzt die ämtliche Fürsorge nahezu allein übrig blieb und der Vormund nicht mehr kraft seines eigenen Rechtes, sondern nur als Delegirter und Bestellter der Gerichte sein Amt verwaltete.

Die Delation der Vormundschaft war wesentlich nur mehr richterliche Bestellung geworden; die Entlassung und Enthebung des Vormundes ruhte abermals im richterlichen Ermessen; die Volljährigkeit des Mündels sollte ipso jure weder durch den Ablauf der Jahre, noch durch Verehelichung, noch durch Erlangung des Meisterrechtes eintreten, sondern es sollte wieder von dem

Ermessen der Vormundschaft abhängen, ob der Pupille mit 24 Jahren, ob früher oder später die Volljährigkeit erlange.

Das Vermögen des Mündels durfte schließlich nur mehr entweder in Staatspapieren, oder, bei den unterthänigen Waisen, bei der Obrigkeit angelegt werden, soferne dasselbe nicht in Realitäten bestand, und die Aufbewahrung dieses Vermögens erfolgte nicht mehr durch den Vormund, sondern durch die Obervormundschaft.

Aus diesem Grunde sowohl, wie auch aus dem ferneren, daß der Vormund keine Verfügung mit der Person oder mit dem Vermögen des Mündels aus eigener Initiative und ohne behördliche Genehmigung treffen durfte, schwand die Bedeutung der Cautionsleistung und zumeist auch die gesetzliche Hypothek des Mündels am Vermögen des Vormundes.

Die officiöse Aufnehmung, Prüfung und Erledigung der Vormundschaftsrechnungen sollte es dem Pupillen ersparen, seine Ansprüche nach geendeter Vormundschaft an den Vormund zu stellen, und die Klagen aus dem vormundschaftlichen Verhältnisse mußten durch diese ämtliche Gestion aus dem praktischen Leben verschwinden.

Kurz: Verordnung der Vormundschaft, Erziehung der Pupillen, Verwaltung des Vermögens, Aufsicht, Schutz, aber auch Verantwortung des vormundschaftlichen Amtes war von dem Vormunde regelmäßig auf die Vormundschaftsbehörde übertragen worden; *nicht mehr im Vormunde, sondern in dem Gerichte ruhte der Schwerpunkt des gesammten Rechtsinstitutes*, und die Regelung des Vormundschaftsrechtes gehörte von nun an weit weniger in den Codex des Privatrechtes, als in die Gerichtsinstruction für Geschäfte der freiwilligen Rechtspflege.

Wir haben aber auch schon an mehreren Stellen dieser Abhandlung darauf hingewiesen, daß die Herrschaften und Grundobrigkeiten am Lande in Oesterreich seit langer Zeit die Vormundschaft ihrer unterthänigen Waisen nahezu allein nach ihrem Ermessen verwaltet hatten, und zwar noch zu einer Zeit, zu welcher sich bei den oberen Ständen der Familienschutz, der Schutz eines social organisirten Pflegschaftsrathes, kräftig erhalten hatte; wir haben ebenfalls darauf hingewiesen, daß die Herrschaften und Grundobrigkeiten ursprünglich in ihrer Stellung zwischen Vormundschaft und Obervormundschaft geschwankt hatten, und daß die Stellung derselben als Vormundschaftsbehörden erst in dem Mogesetze entschieden war, als sie durch die Reichs- und Landeshaben bemüssigt worden waren, den unterthänigen Waisen Germente zu bestellen.

Es ergibt sich demnach leicht der Schluß, daß die Gesetzgebung, welche im 17. und noch mehr im 18. Jahrhunderte den Zug zu einer polizeilichen Bevormundung nach allen Seiten hin ausgebildet hatte, das Vormundschaftsrecht, wie sich dasselbe bei den Unterthanen herausgebildet und erhalten hatte, zum Muster und Vorbilde nahm, daß die Attribute der vormundschaftlichen Gewalt, welche seit jeher bei den Grundherrschaften gelegen waren, nunmehr auf die Vormundschaftsbehörden der oberen Stände übertragen wurden, und daß die Unificirung des Rechtes sämmtlicher Landeseinwohner und die Gleichstellung derselben vor dem Gesetze schließlich in der Weise erfolgte, daß das Recht der oberen Stände zu dem der unteren herabgedrückt wurde, daß sämmtliche pflegebefohlenen Einwohner des Landes als Unterthanen der staatlichen Gewalt einem analogen vormundschaftlichen Zwange unterworfen werden sollten, wie denselben ursprünglich das Hofrecht über Unfreie oder Halbfreie geschaffen hatte.

Blicken wir, um durch einen Vergleich den Gegenstand besser zu beleuchten, auf Frankreich. Frankreich kannte im Vormundschaftswesen den Unterschied zwischen bail und garde, und die garde selbst hatte sich wieder in die garde noble und in die garde bourgeoise geschieden.

Als aber durch die französische Revolution und den Untergange der ständischen Epoche auch das alte französische Recht der bail und garde untergegangen war, da wurde — wie Stein so geistreich bemerkt[1]) — nicht etwa, wie in Deutschland, eine Verschmelzung der Rechtsbegriffe angebahnt, sondern geradezu ein neues Recht geschaffen.

Dieses neue Recht, dessen Mittelpunkt der conseil de famille bildete, wurde aber nicht etwa, wie bei uns, dem Rechte der gesellschaftlich niedrigsten Classe entnommen, sondern jene Formen des Vormundschaftswesens, welche sich zu allen Zeiten bei politisch vollberechtigten Gesellschaftsclassen zuerst erhalten hatten — der wesentliche Einfluß der Familie —, sollten auf alle Einwohner des Landes Anwendung finden, ebenso wie ja die französische Revolution aus allen Unterthanen Staatsbürger geschaffen hatte.

Und nunmehr tritt, im Gegensatze mit der französischen Rechtsentwickelung, die Geschichte des heimatlichen Rechtes erst in das wahre Licht; ebenso wie die volle politische Gleichberechtigung in Frankreich consequent dazu führte, auf alle Landeseinwohner jene Form des vormundschaftlichen Schutzes anwenden zu lassen, welche sich früher bei den Höchstberechtigten gefunden hatte, ebenso bewirkte bei uns das Verblassen der politischen Rechte sämmtlicher, auch der obersten Classen der Gesellschaft, daß sich ihr Recht dem

[1]) Stein a. a. O., S. 291.

der unterthänigen Personen, dem der Unterthanen, möglichst nähern konnte.

Stein bedauert mit Recht [2]), daß im französischen Vormundschaftsrechte ein außerhalb der Familie stehendes Mitglied des Familienrathes mangle, welches in demselben jene Interessen des Mündels zu vertreten hätte, welche über die Familie hinausgehen; wir vermissen in unserem heutigen Vormundschaftsrechte nicht blos den Einfluß der Familie, sondern auch den eines Pflegschaftsrathes überhaupt, der zu einer Ueberwachung des Vormundes und seiner Handlungen geeigneter wäre, als die den Mündeln so ferne stehenden, mit ihren Verhältnissen so ganz unvertrauten Vormundschaftsbehörden.

Eben die Einseitigkeit der Entwickelung, zu welcher das französische sowohl als auch das österreichische Recht gelangt ist, erscheint vollkommen geeignet, uns dem wahren Punkte des Verständnisses näher zu bringen.

Immer war es die einseitige Berücksichtigung der Verhältnisse einzelner Gesellschaftsclassen, welche zu einer Unificirung des Rechtes sämmtlicher Staatseinwohner geführt hat.

Die richtige Lösung der Frage wird wohl erst dann angebahnt werden, wenn ein tieferes Studium der Gesellschaftslehre auch die Juristen überzeugt hat, daß eine eingehende Berücksichtigung der Lebensverhältnisse verschiedener Gesellschaftsclassen in der Gesetzgebung den Vorzug vor einer abstracten Einheit verdient, welche der Verschiedenheit im Leben nicht gerecht werden kann.

Die Männer, welche in Oesterreich die Gerichtsorganisation im Jahre 1850 geschaffen und durchgeführt haben, diese Männer haben sich in dem redlichsten Streben eben in Ansehung des Vormundschaftswesens bedeutend geirrt.

Sie vergaßen gänzlich auf den entscheidenden Punkt, daß das bewegende, belebende Princip des österreichischen Vormundschaftsrechtes seit langer Zeit nicht mehr im Vormunde, sondern in der Vormundschaftsbehörde gelegen war; sie glaubten einfach, die Gerichtsbehörden umgestalten und den Inhalt des vormundschaftlichen und obervormundschaftlichen Schutzes ungeändert lassen zu können. Erkennt man aber, daß eben die heutigen Obervormundschaften noch viel weniger geeignet sind, das Centrum des vormundschaftlichen Schutzes zu bilden, als es die Gerichtsbehörden der vormärzlichen Periode gewesen sind, dann wird man nicht blos das Bedürfniß einer Reform, sondern auch den Ort er-

[2]) Stein a. a. O., S. 292.

kennen, an dem die Reform in erſter Beziehung angebracht werden muß.

Es gehören dieſe Bemerkungen freilich, ſtrenge genommen, nicht in ein Werk, welches eine rein hiſtoriſche Darſtellung ſich zum Zwecke genommen hat; allein wir können uns auch in dieſer Beziehung auf unſere oben gemachte Bemerkung beziehen und die Abſchweifung von der eigentlichen Aufgabe damit begründen, daß ſich in uns neben dem theoretiſchen auch ein praktiſches Intereſſe ſtets wirkſam erweiſen wird.

II. Hauptstück.

Vormundschaft über Geisteskranke und Gebrechliche.

Die cura furiosi hat nach römischem Rechte ihren ältesten Ursprung in den 12 Tafeln; verschieden von furiosus war der demens, mente captus, für welchen die spätere Praxis eine Curatel ebenfalls entwickelte; der Unterschied zwischen furor und dementia lag nach römischem Rechte darin, daß man unter furor eine gänzliche — wenn auch von dilucida intervalla unterbrochene — Geisteszerrüttung verstand, während die dementia einen minderen Grad der Geistesstörung bedeutete, welche ebenso wie körperliche Gebrechen den Grund zu einer Curatel abgeben konnte.

Die cura furiosi war zunächst eine cura der Agnaten und Gentilen gewesen, während sich für die cura der dementes, mente capti, fatui, stulti eine Dativcuratel entwickelt hatte.

Beide Arten der cura waren von jeher mit einem Administrationsrechte des Vormundes verbunden; diese cura hatte daher auch nicht statt, wenn der Geisteskranke aus bestimmten anderen Gründen unter Vormundschaft stand, wenn er insbesondere nach dem älteren Rechte ein Pupille und nach dem späteren Rechte auch wenn er nur noch ein minor war, so daß die cura furiosi seu dementis im neuen römischen Rechte nur noch eine cura majorum geblieben ist [1]).

Wegen körperlicher Gebrechen hatte die Praxis der römischen vormundschaftlichen Behörden ebenfalls eine cura solcher Personen ausgebildet, qui propter infirmitatem rebus suis superesse non possunt; zu diesen Leuten zählten Taube und Stumme, nicht aber Blinde und Lahme; Kranke dagegen nur dann, wenn die Krankheit von Dauer war, in welchem Falle immer noch die cura eine freiwillige war, außer wenn die Kranken ganz außer Stande waren, ihren Geschäften obzuliegen und sich einen Curator erbaten.

---

[1]) Rudorff I, S. 118—128.

Wegen hohen Alters kannte das römische Recht eine cura nicht[2]).

Nach älterem deutschen Rechte hatten „Thoren und sinnlose Leute" einen beständigen Vormund, ohne daß das deutsche Recht zwischen furiosi und dementes einen Unterschied gemacht hätte; Vormund war der nächste Schwertmage oder Cognat; doch gab es auch bei diesen Personen Vormünder von Gerichtswegen und wohl auch gekorene Vormünder.

Zwerge, Krüppel, wohl auch Zwitter hatten, da sie nicht erbfähig waren, auch keinen beständigen Vormund, wohl aber Handlose, Fußlahme, Stumme, Taube, Blinde und Lahme, welche zur Vertretung ihres Vermögens einen ständigen Vormund nöthig hatten; unheilbare Kranke wurden den alten Leuten gleichgeachtet, deren Vormundschaft niemals endete, wenn sie sich unter dieselbe begeben hatten.

Die Aehnlichkeit, welche in dieser Beziehung zwischen dem deutschen und dem römischen Rechte bestand, bewirkte, daß die Grundsätze des römischen Rechtes sich nahezu ausschließlich in der deutschen Praxis festsetzten; nur wurde der Begriff der körperlichen Gebrechen weiter ausgedehnt und particularrechtlich dem Ermessen der Behörden überlassen, allenfalls unter Zuziehung von Aerzten zu entscheiden, ob das Gebrechen eine Vormundschaft nothwendig mache, beziehungsweise, wenn die Vormundschaft eine erbetene war, ob diese Bitte eine gerechtfertigte sei.

Ueber die Delation der nothwendigen Vormundschaft über Geisteskranke und Gebrechliche galten nach dem neuen deutschen Rechte dieselben Grundsätze, wie über die Altersvormundschaft, so daß der Vormund ebensowohl durch ein Testament ernannt, als auch durch Verwandtschaft berufen und durch den Richter bestellt sein konnte.

Auch war es — da der Unterschied zwischen tutela und cura in Deutschland nicht recipirt wurde — ganz natürlich, daß über die Führung einer solchen Vormundschaft dieselben Grundsätze wie über die Führung der Altersvormundschaft galten, soferne nicht die Natur der Sache und die Beschaffenheit der unter Vormundschaft stehenden Personen einen Unterschied in der Amtsführung nothwendig machten[3]).

Das österreichische Recht des 16. Jahrhunderts hatte schon im Wesentlichen die Grundsätze des römischen Rechtes recipirt.

Die Polizeiordnung des Jahres 1552 erwähnt zwar ausdrücklich nur der Geisteskranken; allein es kann keinem Zweifel unterliegen, daß Personen, welche wegen körperlicher Gebrechen

---

[2]) Rudorff I, S. 141—145.
[3]) Kraut II, S. 1912—10.

unfähig waren, ihren Geschäften vorzustehen, ebenfalls bevormundet werden mußten.

Da dieses Gesetz sich über diesen Punkt dahin ausgedrückt hatte, daß, „ob sich auch zuetrueg, das ainer seiner Synn beraubt, und mit schädlicher unsinnigkhait beladen wurde, es hienegst obbeschriebener massen mit desselben person und Güettern gehalten und gehandlet werden solle", — so war damit zugleich ausgesprochen worden, daß die gesammte Führung der Vormundschaft bei diesen Geisteskranken auf gleiche Weise wie bei Pupillen und Minderjährigen zu geschehen habe[4]).

Analoge Bestimmungen enthielt über diesen Punkt die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, welche die Unsinnigen mit den Verschwendern gleich behandelt wissen wollte[5]).

Ueber die durch Geisteskrankheit eintretende Beschränkung der Handlungsfähigkeit vogtbarer Personen enthielten übrigens Walther und — nach seinem Vorbilde — die Landtsordnungen Oesterreichs unter und ob der Enns eingehende Bestimmungen.

Diese Frage wurde in den genannten Rechtsbüchern zumeist bei Erörterung der Testirungsfähigkeit behandelt.

„Die Unsinnigen wurden nicht zugelassen, ein Geschäft zu thun. Diejenigen, welche nicht unsinnig, sondern an Jahren, Verstand und Witz sonst mangelhaft waren, mochten gleicher Weiß auch nicht testiren; jedoch wenn ein solcher nicht gar übermäßig, sondern etwas einfältig war, doch dergestalt, daß er seinen Gütern vorstehen konnte, so war ihm unbenommen, ein Geschäft zu thun."

Auch bei den „Unsinnigen" blieb, wenn „dieselben nicht für und für, sondern Monathlich und zu gewissen Tägen unsinnig wären", das von ihnen „zwischen der Zeit der Unsinnigkeit" errichtete Testament giltig, ebenso wie das vor der Unsinnigkeit errichtete Testament durch den Ausbruch der Geisteskrankheit nicht ungiltig wurde.

Die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns gedachte außerdem noch insbesondere der Unfähigkeit der Geisteskranken zu Contracten und Rechtsgeschäften unter Lebenden[6]).

Daß diese cura auch nur eine cura vogtbarer Personen gewesen ist, kann wohl nach österreichischem Rechte nicht bezweifelt werden; in der Unterscheidung der Unsinnigen und Jener, welche nicht unsinnig, aber an „Verstand und Witz mangelhaftig sind",

---

[4]) Polizeiordnung, Fol. XXIIv.

[5]) Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, III. Theil, 43. Titel, S. 582.

[6]) Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, III. Buch, II. Titel, Fol. 212, und Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, IV. Theil, II. Titel, S. 606, und III. Theil, I. Titel, S. 317.

mag auch wohl eine Erinnerung an den römischen Unterschied zwischen furiosi und mente capti gelegen sein, welcher Unterschied jedoch für die praktische Anwendung keine Bedeutung hatte.

Die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 vervollständigte und erweiterte die Bestimmungen der früheren Gesetze und älteren Gewohnheiten in mehrfachen Beziehungen.

„Es sollte — nach diesem Gesetze — einer jeden Obrigkeit absonderlich angelegen seyn, auff Anzeigen der Mutter, oder anderer Befreundten oder auch sonst erlangender Wissenschafft, diejenigen mit Curatoren zu versehen, welche umb ihres blöden Sinn und Vernunfft, oder auch stäter Leibes-, Schwach- und Gebrechlichkeit willen, ihnen selbsten auch ihrer Hab und Gut nicht wohl vorstehen können: Als seynd die Wahnsinnig- und Aberwitzigen, Gehörlosen, Stumme und Blinde, Item die mit schwärer, stäter Krankheit Beladenen, Preß- oder Ligerhafften Menschen, die Verschwender und dergleichen“ [7]).

Durch dieses Gesetz war nun dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum eröffnet worden; die Curatelverhängung konnte auf jedes geistige und körperliche Gebrechen, welches die natürliche Handlungsfähigkeit aufhob oder erheblich beschränkte, erfolgen, und es waren alle Bestimmungen aus dem römischen und deutschen Rechte recipirt worden, welche eine Interdicirung gestattet hatten.

Die Gerhabschaftsordnung verfügte weiter ausdrücklich, daß die drei bei der Obervormundschaft zulässigen Delationsgründe auch bei der cura furiosi et debilium personarum Geltung haben sollten, indem einerseits bestimmt wurde, „daß ein jeder Vater, Anherr oder Uranherr seinen blödsinnigen, stummen, blinden oder gebrechhaftigen Kindern, Enikeln oder Ur-Enikeln, die der Pflegschaft vonnöthen haben, in seinem letzten Willen Gerhaben benennen können, bei welchen es in allweeg sein Verbleiben haben sollte“ [8]), und andererseits sich an diese Verfügung die weitere anschloß, „daß — wenn ein testamentarischer Gerhab nicht benannt worden wäre — dieser, gleich anderen Gerhaben, zuerst aus der Freundschaft, und wenn die nicht vorhanden, anderwerts genommen und verordnet werden solle“ [9]).

Ueber die Führung der Vormundschaft enthielt die Gerhabschaftsordnung die Bestimmung, daß die Gerhaben dieser Personen auch zu dem Inventarium, Caution, Pflicht und Raittung in Allem, wie sonst die Gerhaben, angehalten werden sollen [10]); was die Handlungsfähigkeit dieser Gattung von Bevormundeten betrifft,

[7]) Gerhabschaftsordnung, V. Titel, §. 1.
[8]) Ebenda, II. Titel, §. 1.
[9]) Ebenda, V. Titel, §. 2.
[10]) Ebenda.

so wird wohl behauptet werden können, daß unter denselben ein Unterschied gemacht werden mußte, da denn doch ein furiosus anders als ein unheilbarer Kranker behandelt werden mußte, dessen Handlungsfähigkeit denn doch mindestens der eines Minderjährigen gleichgestellt werden konnte.

Der blödsinnigen und preßhaften Personen Curatel endete sich nach der Gerhabschaftsorduung, wenn der Blödsinnige zu seiner Vernunft oder der Preßhaftige zu seiner Gesundheit gelangte [11]); eines formell bestimmten Erkenntnisses des Gerichtes über das Eintreten dieses Zustandes bedurfte es in diesen Fällen ebenso wenig, wie zur Curatelverhängung bestimmte Formen der Procedur vorgeschrieben worden waren.

Die Schriftsteller, welche der Gerhabschaftsordnung gefolgt sind, theilten nur Weniges über die cura furiosi et debilium personarum mit [12]).

Das Josefinische Gesetzbuch bestimmte noch allgemeiner als die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669, daß, wenn Jemand durch Leibes- oder Gemüthsgebrechen außer Stand gesetzt ist, seine Geschäfte zu besorgen, ihm ein Curator zu bestellen sei; es war demnach ganz und gar keine nähere Grenze des richterlichen Ermessens gegeben worden, was umsomehr in's Gewicht fiel, als das Urtheil des Richters sich keineswegs erst auf das Gutachten von Aerzten zu stützen brauchte.

Gebrechliche, die durch ihr Gebrechen von dem Zustande ihrer Angelegenheiten Kenntniß zu nehmen und ihren Willen darüber zu erklären nicht gehindert waren, wie auch solche Personen, welche in eine Gemüthskrankheit nur zu bestimmten Zeiten verfielen, in heiteren Zwischenstunden aber für die Zeit des ihnen zustoßenden Uebels das Nöthige anordnen konnten, bedurften keines Curators, außer wenn sie selbst darum ansuchten; für diesen Fall kannte daher das Josefinische Gesetzbuch einen selbstgewählten Curator, welcher dem früheren Rechte fremd war; auch stammte aus dem Josefinischen Gesetzbuche zuerst die principielle Entgegensetzung der Vormundschaft und Curatel, indem der erste Ausdruck wesentlich auf den Altersvormund beschränkt blieb; indessen hatte schon der ältere österreichische Gerichtsgebrauch diesen Unterschied in der Benennung überliefert [13]).

---

[11]) Gerhabschaftsordnung, XVI. Titel, §. 8.

[12]) Weingärtler S. 34 und 119; Beckmann unter dem Schlagworte „Pupillen", S. 375, der bezeugt, daß auch in Steiermark, wo die Gerhabschaftsordnung nicht Geltung hatte, den Wahnsinnigen und Aberwitzigen oder solchen Personen, welche an ihren fünf Sinnen oder an dem Leibe großen Schaden hatten, als: Gehörlose, Stumme, Blinde, und welche mit steter Krankheit beladen waren, Curatoren gesetzt wurden; Grenel S. 173; Bossius S. 301, und Donner I, S. 6.

[13]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 95. Siehe auch Bo-

Alles, was in Ansehung der Vormünder angeordnet worden war, sollte — nach diesem Gesetze — auch bei derlei Curatoren beobachtet werden; die Curatel sollte auf so lange Dauer verhängt werden, bis Derjenige, über den sie verhängt wurde, zeigen konnte, daß die Ursache, wegen welcher sie verhängt wurde, aufgehört habe [14]).

---

sius S. 301, welcher sagt: In eo tamen aliquod discrimen inter tutelam et curatelam ponimus, quod eos qui tutelam furiosorum, prodigorum aut aliorum gerunt, qui non propter aetatem sed alias causas rebus suis superesse non possunt, potius curatores quam tutores nominemus.

[14]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 96.

III. Hauptstück.

Vormundschaft über Verschwender.

Während die cura prodigi überhaupt sich in das römische Alterthum bis über die 12 Tafeln hinaus verlieren soll, hatte erst die spätere gerichtliche Praxis eine Dativ-Curatel über Verschwender in jenen Fällen entwickelt, in denen die 12 Tafeln und die Interpretation die gesetzliche Curatel ausgeschlossen hatten, oder in denen dieselbe wegen Unfähigkeit des Curators nicht wirksam werden konnte. Die cura prodigi war ebenso wie die cura furiosi eine cura majorum; die Curatel wurde erst nach erfolgtem Prodigalitätserkenntnisse verhängt, welchem Erkenntnisse stets eine postulatio oder provocatio und eine genaue causae cognitio vorangehen mußte; das Erkenntniß setzte die technischen Begriffe eines Verschwenders im juristischen Sinne des Wortes voraus, indem es zur Verschwendung nicht nur eine Verwendung des Vermögens auf unnütze Dinge und eine Contrahirung von Schulden zu diesem Zwecke, sondern auch ein solches Mißverhältniß zwischen den Ausgaben und dem Capitale erforderte, daß eine Consumtion des Vermögens in Aussicht stand, wenn man dieser unverständigen Administration nicht Einhalt thun würde.

Die Folgen der Prodigalitätserklärung waren die Unfähigkeit des Prodigus zur Veräußerung, und zur Contrahirung von Schulden, ebenso der Verlust des Commerciums und daher auch des Rechtes, ein Testament zu errichten; dagegen konnte der Verschwender allerdings für sich erwerben und sich bereichern.

Die Administration des Vermögens des Prodigus ging auf den Curator über [1]).

Die cura prodigi ist aus dem römischen in's deutsche Recht übernommen worden; denn im älteren deutschen Rechte finden sich nahezu keine Spuren dieses Rechtsinstitutes, da namentlich die Rechte der nächsten Erben an Grundstücken Bestimmungen über eine cura prodigi entbehrlich machten und in späteren Zeiten,

---

[1]) Rudorff I, S. 128—141.

als die Bedeutung des beweglichen Vermögens gestiegen war, das römische Recht in diese Lücke eintreten konnte und auch eintrat [2]).

Die cura furiosi scheint in Niederösterreich zuerst durch die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 eingeführt worden zu sein, welches Gesetz die Bestimmung enthielt, daß unbesonnenen oder einfältigen Personen, die ihr Gut verschwenden, Aufseher und Curatoren gegeben werden sollen, damit solche Personen, nicht wie bisher geschehen, um ihr Gut und dann in Armuth gebracht werden.

Die Polizeiordnung des Jahres 1552 enthielt aber schon die allgemeine Bestimmung, daß, „wo auch zwaintzig oder zwei und zwaintzig järige oder noch aines mereren allters personen gantz verthuenlich und jnen selbst verschwendlich und verderblich gespürt und befunden wurden, das die Freund, wo dern ainiche vorhanden, schuldig sein sollen, solchen personen Curatores zu begern, oder daß sonst jnen ex officio von der Obrigkhait Curatores oder Sorger gegeben werden sollen, die alle Güetter ligund und farend, ordentlich beschreiben und Inventiert, unnd dem verordneten Sorger zum Administriern überantwortet, und fürnemblichen alle Alienationen one mittl durch sondere offne Mandat nidergelegt und eingestellt werden sollen — wann dem gemainen Nutz nit wenig daran gelegen, das ainer sein selbst aignen Guetter sich nicht mißprauche“ [3]).

Das genannte Polizeigesetz hatte seinen Inhalt sichtlich dem römischen Rechte entnommen; auch hier war, im Gegensatze zu einer nach diesem Gesetze zwar allerdings auch gestatteten Verlängerung der Vormundschaft bis 22 Jahre, von einer cura majorum nach eingetretener Vogtbarkeit die Rede; ein Erkenntniß wurde ebenfalls verlangt, welches die Prodigalität constatiren mußte, und die Administration des Vermögens des Prodigus ging auf den Curator oder Sorger über; einzig nur allein darin bestand ein Unterschied vom römischen Rechte, daß die Polizeiordnung eine Einleitung der Untersuchung von Amtswegen gestattet hatte, während nach römischem Rechte jedesmal eine postulatio oder provocatio gefordert wurde.

Walther, und im Anschlusse an ihn auch die Landtsordnungen Oesterreichs ob und unter der Enns, bezeugen, daß der Verschwender testirungsunfähig war. Walther sagt nämlich, daß, „wer verthuenlich sei und also die Administration seiner Güter nicht hätte, auch nicht testiren möge“ [4]); die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns fügte dieser Bestimmung noch hinzu, „daß

[2]) Kraut II, S. 210—217.

[3]) Polizeiordnung, Fol. XXIIv.

[4]) Walther, tract. II, cap. IX: „Welche Personen kein Testament machen können“, S. 952.

der von dem Verschwender — vor der Prodigalitätserklärung — errichtete letzte Wille giltig bleibe“ [5]; und die obderennsische Landtsordnung — welche in Ansehung der Curatel wegen Verschwendung selbst ganz der Polizeiordnung des Jahres 1552 gefolgt war [6] — stimmte ebenfalls damit überein und hatte, ebenso wie die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns [7], noch hinzugefügt, daß Personen, welche nicht testiren können — folglich auch erklärte Verschwender —, zu Testaments-Zeugen, -Sieglern oder -Fertigern nicht gebraucht werden dürfen [8].

Die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 gedachte der verthuenlichen Personen oder Verschwender neben den Blödsinnigen und Aberwitzigen [9]; die gleichen Rechtsregeln sollten in einem und dem anderen Falle gelten; die Curatel wegen Verschwendung erreichte ihr Ende, wenn der Verschwender, nach Erkenntniß der Obrigkeit, „zu einem häußlich und ehrbaren Leben beständig gelangt war“ [10].

Uebrigens mochte das schon in der Gerhabschaftsordnung der Vormundschaftsbehörde eingeräumte Recht, die Altersvormundschaft über den Vogtbarkeitstermin von 22, beziehungsweise 20, Jahre auszudehnen, sehr viel dazu beigetragen haben, um der cura prodigi, als selbstständigen Unterart der cura majorum, einen Theil ihrer Bedeutung für's Leben zu nehmen.

Die Bestimmungen über Verschwender erhielten bis zum Josefinischen Gesetzbuche keine Veränderung; nur insoferne wurde auf den Hang der Jugend zu einem üppigen Leben und zur Verschwendung Rücksicht genommen, daß in dem Gesetze über Minorennenschuldeneinschränkung vom 26. Februar 1751 [11] allen Personen vor dem 24. Lebensjahre die Abschließung von Rechtsgeschäften unter Lebenden ohne gerichtliche Bewilligung verboten und im Gesetze über die Majorennitätsjahre-Bestimmung vom 12. April 1753 [12] dieses Alter selbst als Grenze der Minderjährigkeit überhaupt festgesetzt wurde.

Die österreichischen Schriftsteller nahmen auf die cura prodigi äußerst wenig Rücksicht; Bossius [13] zählte die prodigi nur

---

[5] Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, III. Buch, 2. Titel, Fol. 213v.

[6] Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, III. Theil, 43. Titel, S. 581, und IV. Theil, 1. Titel, S. 610.

[7] Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, III. Buch, 5. Titel, Fol. 216.

[8] Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, IV. Theil, 11. Titel, S. 639.

[9] Gerhabschaftsordnung, V. Titel, §. 1.

[10] Ebenda, XVI. Titel, §. 8.

[11] Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 559.

[12] Ebenda, S. 757.

[13] Bossius S. 301.

neben den furiosis her, und Donner[14]) versicherte, daß sie nach dem römischen Rechte und den österreichischen Rechtsgewohnheiten den Toll- und Wahnsinnigen gleichgehalten wurden, daß jedoch dazu erforderlich sei, daß sie von der Obrigkeit als solche öffentlich erklärt und Jedermann vor selben durch die öffentlichen Edicte gewarnt worden sei.

Ob auch in Oesterreich von der Prodigalitätserklärung ein so seltener Gebrauch gemacht worden sei, wie dies Kraut für Deutschland beklagt, vermögen wir nach dem uns vorliegenden Materiale nicht zu entscheiden.

Kaiser Josef bestimmte noch im Hofdecrete vom 17. März 1784[15]), daß die Prodigalitätserklärung von der Personalinstanz Desjenigen, der als Verschwender erklärt werden solle, auszugehen habe, und daß sie nicht anders verhängt werden dürfe, als wenn die betreffende Partei hierüber ordentlich vernommen und derselben die weitere Beschwerdeführung offengehalten worden sei; allein in's Josefinische Gesetzbuch wurde die Prodigalitätserklärung ausdrücklich nicht mehr übernommen, und es stand die Abschaffung dieses Rechtsinstitutes, nach Zeiller's Versicherung, mit der bald darauf erfolgten Abolition der Wuchergesetze im innigsten Zusammenhange[16]).

Freilich konnte in dem Josefinischen Gesetzbuche dieser Mangel nicht eben sehr fühlbar werden; der Richter hatte die Macht, die cura minorum auf eine unbestimmte Zeit zu verlängern, und da andererseits auch über Großjährige die Curatel wegen Leibes- und Gemüthsgebrechen verhängt werden konnte, so war auch da wieder dem richterlichen Ermessen ein erweiterter Spielraum eröffnet worden, so daß es sich der wichtigeren Fälle bemächtigen konnte, in welchen eine cura im privaten und öffentlichen Interesse gelegen war.

---

[14]) Donner II, S. 84.

[15]) Nr. 399 J. G. S.

[16]) Siehe auch meine Schrift „der Wucher in Oesterreich", Wien 1877, S. 20. Die Prodigalitäts-Erklärung wurde im Jahr 1791 wieder eingeführt.

IV. Hauptstück.

Vormundschaft über Ungeborne.

Das römische Recht verstand unter der cura ventris et bonorum die Sorge für die persönlichen Bedürfnisse der Mutter eines zwar schon concipirten, aber noch ungebornen Kindes und die Verwaltung des Vermögens, welches diesem Kinde einst gehören sollte; beide Functionen konnten auch in Einer Person vereinigt sein.

Voraussetzungen dieser cura waren nach römischem Rechte, ein schon concipirtes aber noch nicht gebornes Kind, und daß diesem Kinde für den Fall seiner Geburt ein Erbrecht zustand; die Mutter konnte in einem solchen Falle auf missio in possessionem und auf Bestellung eines Curators antragen.

Neuere deutsche Gesetzgebungen erweiterten diese Curatel dahin, daß auch den noch nicht einmal concipirten Kindern Curatoren bestellt werden konnten, und daß diese Curatoren nicht blos für die Erbrechte, sondern auch für die sonstigen Ansprüche der Kinder zu sorgen hatten[1]).

Im österreichischen Rechte verfügte zunächst die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669, „daß, wenn auch jemand seine Wittib schwanger hinter sich verließe, die Obrigkeit derselben Leibsfrucht, biß sie gebohren wird, zur Versicherung dessen Erbtheils ein oder mehrere Gerhaben verordnen solle“[2]), — so daß auch die cura ventris in Oesterreich ausdrücklich und mit der einzigen Modification recipirt worden war, daß die Bestellung der Gerhaben von Amtswegen zu erfolgen hatte, und daß es hiezu des Antrages der Mutter in keiner Weise bedurfte.

Wie das österreichische Recht den Satz des römischen Rechtes: „Nasciturus pro jam nato habetur“, überhaupt recipirt hatte, so fand derselbe in den Intestaterbrechtsgesetzen vom 28. Mai 1720 und vom 26. März 1729 neuerlich Aufnahme, da den erst concipirten Kindern gleiche Erbrechte mit den bereits

---

[1]) Rudorff I, S. 75—78.

[2]) Gerhabschaftsordnung, V. Titel, §. 2.

gebornen Kindern gesichert wurden[3]); zugleich wurde aber in beiden Gesetzen verfügt, daß, wenn Jemand neben seinen Kindern auch seine Witwe schwangeren Leibes hinterlassen hätte, mit der Abtheilung der Erbschaft inzwischen innegehalten und die Verwaltung derselben mit vorgehender Errichtung des inventarii der Witwe gelassen werden solle, wenn die Obrigkeit nicht erhebliche Ursache hätte, hierinnen etwas Anderes zu verordnen[4]).

Donner versichert aber, daß dieses Gesetz in der Praxis nicht eingehalten worden sei, sondern daß man, ohne auf die Entbindung der Mutter zu warten, die Theilung gemacht und für den nachgebornen posthumus einen Theil aufbewahrt habe[5]).

Das Gesetz Kaiser Josef's über die Intestaterbfolge vom 11. Mai 1786 hatte zwar ausdrücklich des Umstandes gedacht[6]), daß auch noch ungeborne Kinder des Erbrechtes fähig seien, dagegen enthielt das Josefinische Gesetzbuch keinerlei Bestimmungen über diese Curatel.

Freilich war das Bedürfniß eines Curators für die ungebornen Kinder nicht so sehr groß, da ja eben die Abhandlungs-Instanzen im Wesentlichen die Functionen des curatoris ventris et bonorum auszuüben hatten.

Wie man im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung fast jedem, auch bereits bevormundeten, Pupillen zur Vertretung und Wahrung seiner Rechte bei der Verlassenschaft einen Curator von Amtswegen zu bestellen pflegte, so geschah dies natürlicherweise auch in Ansehung der nascituri, ohne daß besondere Vorschriften über die Erbtheilung und über die Verwaltung des ungetheilten Nachlasses nothwendig gewesen wären, weil ja die Abhandlungsinstanz selbst den Besitz der Erbschaft zu ergreifen und die Vertheilung von Amtswegen zu besorgen hatte, so daß auch die Sorge für den Erbtheil des ungebornen Kindes in den Kreis der Officialpflichten des Abhandlungsrichters gehörte.

---

[3]) Erbrecht außer Testament, II. Titel, §. 1.
[4]) Ebenda, XVII. Titel, §. 11; vergl. auch Bossius, S. 276.
[5]) Donner II, S. 70.
[6]) Gesetz vom 11. Mai 1786, Nr. 548 J. G. S., §. 4.

V. Hauptstück.

Vormundschaft über Abwesende.

Nach römischem Rechte war die Obrigkeit auf Antrag der Cognaten berechtigt und verpflichtet, den Abwesenden Curatoren zu bestellen, sobald diese keine Procuratoren zurückgelassen hatten und auch nicht mehr Pupillen oder Minorenne waren.

Diese Curatel endete mit der Rückkehr oder mit dem Tode des Vermißten, wogegen eine Todeserklärung dem römischen Rechte vollkommen fremd war, vielmehr eine Erbschaft vor Herstellung des strengsten Beweises des Todes des Erblassers als deferirt nicht angesehen wurde[1]).

Einen wesentlich verschiedenen Charakter trägt die deutsche Verschollenheit, welche in jeder Beziehung der cura absentis des römischen Rechtes entgegengesetzt erscheint; ihr Wesen bestand darin, daß, wenn Jemand seinen letzten bekannten Wohnsitz verlassen hatte und lange Zeit von ihm keine Nachricht eingelangt war, seine präsumtiven Erben auf eine Vormundschaft über den Verschollenen Anspruch machen konnten.

Es war unter den Gelehrten viel Streit darüber, ob diese Vormundschaft eine successio anticipata war, so daß sie nur unwirksam werden konnte, wenn der Verschollene wieder erschien, oder wenn erwiesen wurde, daß dessen Tod schon vor der Antretung der Succession erfolgt war — oder eine successio conditionata, so daß die Uebernahme des Vermögens durch den Curator bedingt geschah und erst dann in eine Erbfolge überging, wenn der Abwesende nicht zurückkehrte und der Vormund auch zur Zeit des Erbfalles der nächste Erbe des Verschollenen war. Es war ferner streitig, ob nach dem Tode des Curators die Curatel jedesmal auf die Erben des Curators oder auf jene Personen überging, welche zu dieser Zeit die nächsten Erben des Verschollenen waren; es war endlich streitig, ob der Curator die Früchte des Vermögens für sich ziehen und erwerben durfte, oder

[1]) Rudorff III. S. 145—152.

ob er dieselben zum Capital schlagen und mit dem ursprünglichen Vermögen restituiren mußte.

Kraut behauptet nun im Anschlusse an die von ihm aufgeworfenen, eben bezeichneten Controversen, daß nach altem deutschem Rechte allerdings der Verschollene vorläufig als todt betrachtet, und daß die Succession der nächsten Erben desselben als eine successio anticipata angesehen wurde, daß die cura über den Verschollenen demgemäß bei dem Tode des Curators auf die Erben des Letzteren überging, und daß der Curator die Früchte für sich ziehen und behalten durfte.

Allerdings erlitt aber nach Kraut das deutsche Recht durch das Eindringen des römischen Rechtes eine Umgestaltung, da namentlich der Satz des römischen Rechtes: daß von einer Beerbung einer Person insolange keine Rede sein könne, bis nicht ihr Tod erwiesen worden, — gemeines Recht geworden war. Um nun dem Zustande der Ungewißheit ein Ende zu machen, griff man zu dem Mittel, Präsumtionen des Todes aufzustellen und ein eigenes Verfahren, „die Todeserklärung", einzuführen, welches den Zweck hatte, den mangelnden Beweis des Todes einer Person zu ersetzen.

Auf Grund des 90. Psalms nahm man nun regelmäßig an, daß präsumirt werden müsse, daß ein Mensch in dem Augenblicke, wo von seiner Geburt an das 70. Jahr abgelaufen war, gestorben sei, und nunmehr verwandelte sich die successio anticipata des älteren Rechtes in eine successio conditionata, da von dem Augenblicke angefangen, in welchem der Tod eines Menschen vermuthet wurde, consequenterweise von einer Beerbung desselben die Rede sein konnte.

Wenn demnach auch nach diesem neueren deutschen Rechte ein Vormund für den Abwesenden erst dann eintreten konnte, wenn derselbe für verschollen erklärt worden war, so stand dies doch nicht dem Umstande entgegen, daß ihm noch vor dieser Erklärung ein curator absentis im Sinne des römischen Rechtes bestellt werden durfte.

Der Curator verwaltete aber dann natürlicherweise das Vermögen des Abwesenden als ein fremdes unter entsprechender Oberaufsicht der Vormundschaftsbehörde, und erst nach der Todeserklärung konnte dasselbe an die Erben des Verschollenen hinausgegeben werden.

Da man ferner vielfach annimmt, daß gemeinrechtlich eine Präsumtion nicht blos dafür bestanden habe, daß der Verschollene nicht länger als den bestimmten Termin gelebt habe, sondern auch dafür, daß sein Leben wirklich bis zu dem bestimmten Termine gedauert habe, so ist es auch ganz klar, daß nach dieser Meinung dem Verschollenen bis zu seiner Todeserklärung ein Erbrecht auch

anfallen, beziehungsweise ein Vermögen im Erbwege von ihm erworben werden konnte, da ja — wie schon gesagt — nicht blos eine Präsumtion für den Tod des Vermißten, sondern auch eine weitere für dessen Leben bis zu dem genannten Momente aufgestellt wurde [2]).

Im österreichischen Rechte des 16. und 17. Jahrhunderts konnten wir eingehende Bestimmungen weder über die cura absentis, noch auch über das Institut deutschrechtlicher Verschollenheit finden; insbesondere erwähnte weder die Polizeiordnung des Jahres 1552, noch auch die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669, einer Vormundschaft über Abwesende.

Einzig und allein in den Bestimmungen über das österreichische Erbrecht finden wir Spuren einer solchen Vormundschaft, und erst das Josefinische Gesetzbuch hat deutliche Bestimmungen über die cura absentis aufgenommen.

Was nun zunächst die Spuren betrifft, welche wir im österreichischen Erbrechte gefunden haben, so bestimmte vor Allem die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, „daß den Erben eines Verstorbenen, welche aus ehehafften Ursachen außer Landes wären, von der Obrigkeit unparteiische curatores bonorum bestimmt werden sollten, welchen der Erbtheil des Abwesenden mit einem getreuen Inventarium und gegen Verrechnung einzuantworten sei", — und in diesem Falle haben wir es mit einer Spur der cura absentis im Sinne des römischen Rechtes zu thun.

Wenn dagegen ein oder mehrere Miterben außer Landes waren und man nicht eigentliche Nachricht hatte, ob sie lebendig oder todt seien, so sollten, nach der oberösterreichischen Landtsordnung, die anderen Miterben, welche ihr Erbtheil angetreten hatten, auch den auf den Abwesenden entfallenden Theil, doch nur dergestalt zu sich nehmen dürfen, daß sie der Obrigkeit, unter welcher sich der Todesfall ereignete, genugsame Versicherung leisteten, daß, wenn der Abwesende vor Verstreichung von 32 Jahren, als der landsbräuchigen Verjährungsfrist, zurückkehren würde, sie ihm die Erbportion mit aller Nutzung zurückstellen würden, wogegen nach Ablauf dieser 32 Jahre die Miterben den Erbtheil muthmaßlich für sich behalten durften und nicht schuldig waren, denselben an die Erben des Abwesenden herauszugeben [3]).

Eine Fortbildung hat dieser in der Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns gelegene Gedanke erst in den Inteſtaterbrechtsordnungen Nieder- und Oberösterreichs im 18. Jahrhundert gefunden.

---

[2]) Kraut II, S. 217—266.

[3]) Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, V. Theil, 14. Titel, S. 808.

Vor Allem wurde im 16. Titel dieser Gesetze bestimmt, daß, wenn keine Blutsfreunde des Verstorbenen sich als Erben melden, oder die sich Meldenden ihr Erbrecht nicht hinreichend legitimiren, und unbewußt sei, wer und wo dieselben sich befinden, die Obrigkeit, unter welche die Verlassenschaft gehörte, dieselbe inventiren und tauglichen Curatoren gegen Verrechnung und entsprechende Belohnung einantworten lassen konnte.

Fand sich nach Jahr und Tag kein Erbe, so konnte die Obrigkeit die Erbschaft zu sich nehmen, war aber schuldig, dieselbe sammt den etwa gezogenen Nutzungen zu restituiren, falls sich innerhalb 32 Jahren, vom Tode des Erblassers gerechnet, Erben meldeten und legitimirten[4]).

Wenn aber Blutsfreunde, die sich zu Erben legitimiren konnten, vorhanden waren, und wenn beinebens hervorkam, „daß das ein näherer Erbe sein sollte, der sich an fremde Orte begeben, viele Jahre ausgeblieben und nicht bewußt, wo er zur Zeit sich aufhalte, auch ob er noch am Leben oder doch Leibes-Erben von ihm am Leben, in diesem Falle sollte abermals die Verlassenschaft ordentlich inventirt und sodann entweder den bekannten gesippten Freunden des Verstorbenen oder einem Curator des Vermißten eingeantwortet werden".

Es durfte nämlich die Einantwortung an die nach dem Vermißten zunächst zur Erbfolge berufenen Verwandten nur unter der Bedingung verfügt werden, wenn sie genugsame Versicherung thaten, daß sie die Erbschaft herausgeben würden, falls über kurz oder lang (doch aber innerhalb der österreichischen Verjährungsfrist von 32 Jahren) der Vermißte oder andere nähere Befreundete und Erben hervorkommen würden.

Wollten oder konnten die nächsten Blutsfreunde eine solche Sicherheit nicht leisten, dann mußte die Verlassenschaft tauglichen Curatoren zur getreuen Verwaltung gegen jährliche Rechnung und entsprechende Entlohnung eingeantwortet werden, welche die Verlassenschaft durch 32 Jahre aufzubewahren hatten, nach deren Ablaufe, wenn der Vermißte nicht zum Vorschein kam, die Verlassenschaft den vorhandenen nächsten Erben (des Erblassers) mit aller Nutzung eingeantwortet wurde.

Dieser Termin von 32 Jahren mußte aber nur dann abgewartet werden, wenn gar keine weiteren Indicien für den Tod des Vermißten sprachen; „wenn aber inzwischen genuegsam beigebracht würde, daß derjenige, dessen man erwartet, nicht mehr am Leben, so sollte alsbald denen, die sich nach ihm am nächsten legitimirten, die Einantwortung beschehen"; schließlich wurde bestimmt, daß denjenigen näheren Befreundeten, welche die 32 Jahre

[4]) Erbrecht außer Testament, XVI. Titel, §. II.

ohne ihr Verſchulden verſtreichen ließen, die gewöhnlichen beneficia juris vorbehalten ſeien[5]).

Die eben bezogenen Geſetze enthielten offenbar Beſtimmungen über Verſchollenheit; indeſſen war weder von einem regelrechten Verfahren behufs Conſtatirung der Verſchollenheit, noch von einer Todeserklärung ausdrücklich die Rede; es war vielmehr ſehr viel dem Gerichtsgebrauche und dem Ermeſſen der Abhandlungsbehörden überlaſſen worden, welche ja allein über die Thatſache zu entſcheiden hatten, ob „genuegſame" Beſcheinigung über den Tod des Vermißten beigebracht worden ſei oder nicht.

Daß die nach dem Vermißten zunächſt berufenen Erben in erſter Linie zur Verwaltung der Erbſchaft berufen wurden, beweiſt keineswegs, daß man es hier mit einer successio anticipata zu thun hatte; im Gegentheile muß aus dem Umſtande, daß ſie Caution zu leiſten und die Erbſchaft ſammt allen Nutzungen zu reſtituiren ſchuldig waren, auf eine successio conditionata geſchloſſen werden.

Donner — welcher einzig und allein von allen Schriftſtellern dieſen Gegenſtand eingehend behandelt hat — kennt außer den Inteſtaterbrechtsgeſetzen keine anderen Quellen, welche von dem Inſtitute der Verſchollenheit handeln würden; er behauptet aber, daß die Geſetze in dem Falle, wenn ein Erbe durch 32 Jahre abweſend ſei, nicht blos deſſen Tod, ſondern auch den weiteren Umſtand vermuthen, daß derſelbe bis zum Ende der 32 Jahre gelebt habe; er ſchließt dies daraus, daß die Geſetze die Erbſchaft eines Abweſenden erſt nach 32 Jahren auszufolgen geſtatten, und folgert ganz richtig aus dieſer ſeiner Annahme weiter, daß dem Vermißten, deſſen Leben eben durch 32 Jahre präſumirt werde, eine Erbſchaft während der Dauer dieſer 32 Jahre anfallen und von ihm auch erworben werden konnte.

Ueber die Stellung des Curators des Vermißten enthält Donner nichts; er bezeugt nur, daß die Gerichte, um die Erben ausfindig zu machen, Edicte anſchlagen und dieſelben in die öffentlichen Zeitungsblätter durch drei aufeinanderfolgende Poſttage einſchalten ließen, ſowie daß dieſe Einberufung ſowohl von den anweſenden Erben, welche einen näheren Erben vermutheten, als auch von dem beſtellten Güterverwalter, und endlich von dem Verlaſſenſchaftscurator veranlaßt werden konnte.

Dies Alles iſt aber nach Donner's Zeugniſſe nur Gerichtsgebrauch geweſen; denn die Geſetze hatten in dieſer Beziehung nichts verordnet[6]).

[5]) Erbrecht außer Teſtament, XVI. Titel, §. III.
[6]) Donner II, S. 60—66.

Das Josefinische Gesetzbuch enthielt blos Bestimmungen über die cura absentis im Sinne des römischen Rechtes, keineswegs aber über das Institut der Verschollenheit.

Rücksichtlich der cura absentis war verfügt worden, daß die Gerichte, wenn ihnen die Anzeige der Abwesenheit eines Menschen gemacht wurde, diesem einen Curator bestellen können, wenn der Abwesende entweder keinen Bevollmächtigten zurückgelassen habe, oder dieser außer Stande war, dessen Geschäfte zu besorgen, sowie wenn dem Abwesenden wegen seines unbekannten oder weit entfernten Aufenthaltes Nachtheil bevorstand [7]).

Dem Curator oblag es, den Aufenthalt des Abwesenden womöglich auszuforschen, denselben dem Gerichte anzudeuten und auch den Abwesenden, wenn sein Aufenthaltsort ermittelt wurde, vorzustellen, daß er wegen seiner Sache Vorsehung treffen solle. Bis diese erfolgte, war der Curator schuldig, die ihm aufgetragenen Geschäfte gehörig zu verwalten, auch bei länger dauernder Abwesenheit, sowie wenn die Natur der Geschäfte es forderte, über das ihm anvertraute Vermögen jährliche Rechnung zu legen [8]).

Diese Curatel war ausschließlich eine Dativ-Curatel, auf welche aber die Bestimmungen über die Verwaltung des Pupillarvermögens analoge Anwendung fanden.

---

[7]) Josefinisches Gesetzbuch, V. Hauptstück, §. 97.
[8]) Ebenda, §. 98.

VI. Hauptstück.

Väterliche Vormundschaft.

Einleitung.

Wenn Studien über österreichische Rechtsgeschichte schon deshalb mit großen Schwierigkeiten verknüpft sind, weil der Forscher zumeist ganz unvorbereitet an ein unbekanntes Quellenmaterial heranzutreten genöthigt ist, so wächst die Schwierigkeit in solchen Partien in geometrischer Progression, in welchen die Rechtsquellen selbst äußerst dürftig fließen.

Das Gerhabschaftsrecht in den letzten drei Jahrhunderten kann nun wohl im Allgemeinen über eine Dürftigkeit der Rechtsquellen nicht Klage führen; im Gegentheile war das Materiale, welches wir unseren Lesern unterbreiten konnten, ein reiches, und auch des Forschers Mühe wurde erheblich dadurch erleichtert, daß systematisch ausgearbeitete Gesetze und gute Rechtsbücher den Argumenten die erforderliche Stütze liehen und es fast in allen Fällen möglich machten, die entfernten Quellen des österreichischen Rechtes in den römischen Gesetzen oder aber im deutschen Gewohnheitsrechte zu entdecken.

Ganz anders verhält es sich mit der väterlichen Vormundschaft und mit den anderen Wirkungen der väterlichen Gewalt im österreichischen Rechte.

Vor Allem muß der Forscher verzichten, irgend eine diesen Gegenstand systematisch behandelnde Quelle in den österreichischen Rechtsbüchern älteren Datums zu finden; das Josefinische Gesetzbuch ist die erste Quelle, welche diesem Gegenstande ein eigenes Hauptstück widmete, und da dieses Gesetz den Schluß der von uns betrachteten Periode bildet, ergibt sich schon von selbst die Schwierigkeit, diese Materie durch drei Jahrhunderte zurückzuverfolgen.

Diese Schwierigkeit wächst durch die Thatsache, daß auch die ostbezogenen Landtsordnungen Oesterreichs ob und unter der Enns nirgends ex professo von der väterlichen Gewalt reden,

und daß man mühsam die einzelnen Stellen zusammenlesen muß, welche mit der väterlichen Vormundschaft und Gewalt in näherem oder entfernterem Zusammenhange stehen.

Wollte man aber auch alle einzelnen Stellen sichten, ordnen, combiniren und aus denselben die nothwendigen Consequenzen ableiten, so könnte man sicher doch nicht dazu gelangen, ein vollkommenes Bild dieses Rechtsinstitutes in seiner geschichtlichen Entwickelung in Oesterreich zu erhalten, da die meisten Stellen nur jenen Fall vor Augen haben, wenn der Vater als gesetzlicher, beziehungsweise als bestätigter Vormund seiner Kinder in Ansehung des von diesen ererbten mütterlichen Vermögens eintrat, dagegen in allen anderen Beziehungen mehr Lücken als Stoff liefern, und so müßte man wohl auf die Darstellung dieses Theiles unserer Arbeit verzichten, wenn uns nicht ein einziger und ziemlich sicherer Ausweg offen gelassen wäre.

Wir haben nämlich schon im Vormundschaftsrechte bisher gesehen, daß das österreichische Recht des 16. und 17. Jahrhunderts mit dem gemeinen deutschen Rechte im Wesentlichen gleichen Schritt gehalten hat, und daß es nicht schwer fallen konnte, particuläre Abweichungen des heimischen Rechtes zu constatiren.

Wir werden daher auch nicht fehlgehen, wenn wir unser Studium in dieser Materie hauptsächlich auf die Entwickelungsgeschichte des deutschen Rechtes aufbauen, und mit Benützung dieses Untergrundes wird es uns hoffentlich möglich werden, den spärlichen Quellen des österreichischen Rechtes eine Bedeutung abzugewinnen, welche sie befähigt, die Lücken zu ergänzen, welche das heimische Quellenmaterial in so großer Anzahl gelassen hat.

Uebrigens wird gerade bei dieser Materie mit besonderer Vorsicht vorzugehen sein; die grundsätzliche Verschiedenheit der patria potestas des römischen Rechtes und des deutschen väterlichen Mundiums hat nicht verfehlt, selbst in die dürftigen österreichischen Rechtsquellen manchen Widerspruch hineinzutragen, und wenn auch mit Bestimmtheit gesagt werden kann, daß die strenge Familiengewalt des römischen paterfamilias bei uns niemals Rechtens geworden ist, so kann denn doch andererseits nicht geleugnet werden, daß das Studium des römischen Rechtes gerade in dieser Beziehung mehrere Schriftsteller in einzelnen Punkten recht wesentlich irregeleitet hat.

I. Capitel.

Natur der väterlichen Gewalt und Vormundschaft.

1. Rückblick auf das gemeine deutsche Recht.

Kraut hat eine große Anzahl von Quellen bezogen, welche deutlich zeigen, daß nach deutschem Rechte der Vater der Vor-

mund, und zwar der nächste Vormund seiner unmündigen Kinder war, und wenn auch die meisten dieser von Kraut angeführten Stellen — ebenso wie die österreichischen Rechtsbücher — blos von einer Vormundschaft des Vaters nach dem Tode der Mutter sprachen, so mangelte es dennoch keineswegs an Beweisen, daß dem Vater auch dann, wenn die Mutter am Leben war, die Vormundschaft über seine Kinder gebührte.

Allein — wie Kraut treffend bemerkt — es lassen sich nicht alle Befugnisse, welche dem Vater über seine Kinder und deren Vermögen zustanden, aus der väterlichen Vormundschaft erklären; vielmehr verblieben ihm mehrere Rechte, nachdem die Vormundschaft längst erloschen war, so daß es sich sehr deutlich ergibt, daß die väterliche Gewalt auch noch andere Befugnisse enthielt, welche in dem väterlichen Mundium nicht begriffen waren [1]).

Nach älterem deutschem Rechte fielen die in der Ehe erzeugten Kinder — aber auch nur diese allein — von selbst unter die väterliche Gewalt ihres Erzeugers, seitdem der Grundsatz entstanden war, daß der Ehemann schon durch die Eingehung der Ehe die Vormundschaft über seine Frau erlange und dieselbe nicht mehr durch einen besonderen Act — den Brautkauf — zu erwerben brauchte.

Uneheliche Kinder dagegen hatten aber als rechtslos überhaupt keinen Vormund, und waren daher schon aus diesem Grunde nicht unter dem Mundium ihrer Erzeuger.

Ja, da sogar unehelich erzeugte — wenn auch erst nach eingegangener Ehe geborne — Kinder rechtslos waren, so verstand es sich wohl von selbst, daß eine legitimatio per subsequens matrimonium eine väterliche Vormundschaft nicht begründen konnte.

Die legitimatio per rescriptum principis war dem älteren deutschen Rechte fremd, und als sie aufkam und man ihr die Wirkung beilegte, daß durch dieselbe die Rechtslosigkeit der unehelichen Kinder aufgehoben wurde, erhielten die Kinder doch auch durch diese Art der Legitimation die Familienrechte des Vaters nicht, daher auch der Vater die Vormundschaft über diese Kinder nicht erlangte.

Da endlich auch eine Annahme an Kindesstatt — wenn sie dem älteren deutschen Rechte überhaupt bekannt war — in keinem Falle die Wirkung hatte, daß der Vater über die Angenommenen dieselbe Vormundschaft erhielt, welche er über die von ihm in der Ehe erzeugten Kinder hatte, so erhellt, daß nach älterem deutschen Rechte die väterliche Vormundschaft einzig und allein durch die Erzeugung eines Kindes in der Ehe entstehen konnte [2]).

---

[1]) Kraut II, S. 586—588.
[2]) Ebenda, S. 588—590.

Nach der Reception des römischen Rechtes richtete sich die Lehre von der Entstehung der väterlichen Gewalt im Allgemeinen nach den Grundsätzen dieses Rechtes, und es kann die Meinung mancher Rechtsgelehrten, als ob in Deutschland fortan in dieser Beziehung die Principien des älteren deutschen Rechtes Geltung behalten hätten, als haltbar nicht bezeichnet werden, umsomehr, als schon im Justinianischen Rechte die patria potestas viel von ihrer ursprünglichen Strenge verloren und sich dem Verhältnisse, in welchem nach deutschem Rechte der Vater zu seinen Kindern stand, bedeutend genähert hatte, so zwar, daß selbst die Benennung „väterliche Vormundschaft" aus der deutschen Rechtssprache durch den aus dem römischen Rechte stammenden Ausdruck „väterliche Gewalt" verdrängt wurde [3]).

Es galten demnach — entsprechend den Lehren des römischen Rechtes — eheliche Geburt, Adoption und Legitimation gemeinrechtlich in Deutschland als Entstehungsgründe der väterlichen Gewalt, so daß insbesondere der legitimatio per subsequens matrimonium die volle Wirkung des römischen und canonischen Rechtes beigelegt wurde, und daß die vor der Ehe concipirten und nach Eingehung derselben gebornen Kinder von ihrer Geburt angefangen unter dem väterlichen Mundium standen.

Daß uneheliche Kinder nicht unter die Gewalt ihres Vaters kamen, hatte nach neuem deutschem Rechte nicht mehr seinen Grund in der unter dem Namen „Anrüchigkeit" theilweise fortgesetzten Rechtslosigkeit derselben, da sie ja einen Vormund haben konnten, sondern in dem Umstande, daß der Erzeuger, dem Grundsatze des römischen Rechtes entsprechend, gar nicht als ihr Vater angesehen wurde [4]).

2. Oesterreichisches Recht.

Das österreichische Recht des 16., 17. und 18. Jahrhunderts neigte sich stark zu der Anschauung, daß der Vater der nächste gesetzliche Gerhab seiner ehelichen Kinder sei, und wenn auch Stellen vorkamen, in denen die Quellen auf die patria potestas des römischen Rechtes hingewiesen haben, so läßt sich dennoch der Grundton nicht verkennen, daß es das väterliche Mundium war, welches diese ganze Lehre nach österreichischem Rechte beherrschte.

So sprach es schon die Polizeiordnung des Jahres 1552 aus, daß, „wenn sich dann zuetruege, das unvogtparen Kindern Mueterliche oder andere aigne Guetter erblichen anfallen, derselben Eeleiblicher Vater, wo der im leben sei, auch one erkhentnuß der Obrigkhait Gerhab sein solle", — und

[3]) Kraut II, S. 618 und 619.
[4]) Ebenda, S. 642 und 643.

es zeigte diese Stelle deutlich, daß nicht nur in Ansehung des mütterlichen, sondern auch des sonst von wem immer herrührenden eigenen Vermögens der Kinder die Gerhabschaft des Vaters als die nächste gesetzliche Gerhabschaft angesehen wurde [1]).

In ähnlicher Weise beweisen andere Rechtsquellen, daß des Vaters Gewalt stets der des Vormundes gleichgestellt und derselben an die Seite gesetzt wurde.

So sprach schon das unter dem Titel „Senatus Consultum Macedonianum" erschienene Gesetz Kaiser Rudolf's des II. vom 18. Juli 1589, „von der Jugend, so noch in ihrer Eltern oder fürgesetzten Gerhaben und Tutoren Gewalt und Sorg sei", und von Personen, „welche — wie es sich gehöre — sich unter ihrer Eltern, Gerhaben oder Befreundten Macht" befinden [2]), und die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns drückte es noch deutlicher aus, daß, „wenn Kinder oder Leibs-Erben, Ihre Vogtbaren Jahre erreicht haben, sie in ihrer Eltern gewaltsamb nicht mehr stehen" [3]), so daß die väterliche wie jede andere Vormundschaft ausdrücklich auf die vogtbaren Jahre beschränkt blieb.

Die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 verordnete zwar zunächst nur, „daß, wenn ein Eheweib vor ihrem Mann ohne Testament mit Tod abgienge und eheliche Kinder, die sie mit einander erzeugt hätten, verliesse, der Mann in denen Mütterlichen Guetern seiner unvogtbaren Kinder Gerhab und Verpfleger sei" [4]); daß aber die väterliche Gerhabschaft nicht auf diesen einzigen Fall eingeschränkt geblieben ist, zeigt deutlich jene andere Stelle der Gerhabschaftsordnung, in welcher es dem leiblichen Vater zur Pflicht gemacht wurde, sowohl die mütterliche als auch die seinen Kindern anderwärts zugefallenen Verlassenschaften zur Verhütung künftiger Strittigkeiten gerichtlich beschreiben zu lassen [5]).

Die Stadt Wiener Pupillen-Rait-Cammer-Reformation vom 29. April 1715 ging sogar weiter und stellte die väterliche Vormundschaft der mütterlichen ziemlich gleich, da sie davon sprach, daß nach Absterben eines Elterntheils dem überlebenden ex lege die Vormundschaft der Kinder gebühre [6]), und Grenek bezeugt es in Ansehung der Unterthanen Kinder als allgemeinen Gerichtsgebrauch, daß dem überlebenden Vater in Ansehung der mütterlichen Verlassenschaft ein Gerhab „blos allein zu seiner Vertretung" (offenbar im Verhinderungsfalle des Vaters) beigegeben

---

[1]) Polizeiordnung, Fol. XXIIv. und XXIII.
[2]) Codex austr. II, S. 297.
[3]) Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, III. Buch, 8. Titel, Fol. 133.
[4]) Gerhabschaftsordnung, III. Titel, §. 5.
[5]) Ebenda, VIII. Titel, §. 5.
[6]) Codex austr., Suppl.-Bd. I, S. 787.

und aus der Freundschaft genommen zu werden pflegte [7]), wodurch es sich klar herausstellte, daß des Vaters Macht über seine Kinder in erster Linie als Vormundschaft aufgefaßt wurde.

Es hat daher der immer treffliche Bossius das innerste Wesen der österreichischen Rechtsentwickelung getroffen, wenn er über die väterliche Gewalt folgendermaßen geschrieben hat:

„Cum ergo patria potestas veterum Germanorum nobis definienda est, illam aliam non, quam tutelam fuisse, concludimus . . Fuit igitur patria potestas id fere quod tutela Romanorum". — Considerata hoc patriae potestatis, origine nec non hodierno jure civitatum illam definimus, quod sit potestas patri tamquam capiti familiae competens liberis imperandi, quae recta sunt, cum munere, illos tuendi, alendi, instituendi et saluti illorum prospiciendi conjunctum. Effectus hujus potestatis varii apud nos vigent qui cum iisdem juris romani conveniunt: ex alio tamen fundamento.

Cum igitur effectus patriae potestatis non ex jure quiritario Romanorum deducendi sint, omnes illi, qui alii causae, quam huic juri tribui non possunt, locum non habebunt [8]).

Ganz übereinstimmend mit Bossius sprechen sich Bannizа und Donner aus, und es konnte daher auch nicht anders kommen, als daß die Gesetzgebung eben dieselben Grundsätze aufnahm, welche in der Lehre schon so lange vorbereitet waren.

In der That hatte das Josefinische Gesetzbuch den Vater dem Vormunde in den meisten Beziehungen gleichgestellt und ihm sogar die Versicherung des Vermögens seiner Kinder und die jährliche Rechnungslegung aufgetragen.

II. Capitel.

Entstehung der väterlichen Gewalt und Vormundschaft.

1. Durch eheliche Geburt des Kindes.

So streitig es nach dem österreichischen Rechte unserer Periode auch sein mag, ob die Legitimation der Kinder und deren Adoption und Arrogation die Vormundschaft des Vaters jederzeit begründen konnte, so sicher ist der Satz, daß der Vater Vormund seiner eheleiblichen Kinder war.

Eines Beweises dieses Rechtssatzes bedarf es nach den eben oben angeführten Quellenstellen nicht, und es wird vielmehr das Augenmerk dahin zu richten sein, daß im Laufe der geschichtlichen

[7]) Grenek S. 265.
[8]) Bossius S. 64—68.

Rechtsentwickelung unserer Periode das Mundium des Vaters nicht mehr auf seine ehelichen Kinder allein beschränkt geblieben, sondern auch auf seine unehelichen Kinder ausgedehnt worden ist.

Daß die unehelichen Kinder schon im 16. Jahrhunderte nicht mehr rechtlos waren, unterliegt wohl keinem Zweifel; hatte ja die Gerhabschaftsordnung dem Vater das Recht eingeräumt, seinen natürlichen Kindern, ebenso wie seinen eheleiblichen und angewünschten, einen Vormund im Testamente und letzten Willen zu ernennen[1]), und aus der Regel, daß alle Unvogtbaren bevormundet werden mußten, ergab es sich ebenfalls, daß unehelich Geborne von diesem Schutze nicht ausgenommen sein konnten.

Dagegen sprechen alle Quellen des 16. und 17. Jahrhunderts so ausnahmslos blos von einer Gerhabschaft des Vaters über seine eheleiblichen, über seine ehelich erzeugten und die denselben gleichgestellten Kinder, daß mit gleicher Gewißheit angenommen werden muß, daß uneheliche Kinder zu dieser Zeit nicht unter der Schutzgewalt ihres Erzeugers standen, und zwar stützte sich diese Anschauung hierzulande ebenso wie in Deutschland auf den Rechtssatz, daß die unehelich Gebornen außer der Familie standen und mithin der Familienrechte nicht theilhaftig werden konnten.

Es kann sonach nur als eine spontane legislatorische Aenderung angesehen werden, wenn Kaiser Josef im bürgerlichen Gesetzbuche den Versuch unternommen hat — ohne jedwede Anknüpfung an das überlieferte Recht —, eine väterliche Gewalt in sensu stricto auch in Ansehung der unehelichen Kinder einzuführen, und es verdient dieser — wenngleich freilich vollkommen mißglückte — Versuch um so mehr volle Beachtung, als er deutlich zeigt, wie gewagt es ist, Rechtsinstitute ohne jede Anknüpfung an das überlieferte Rechtsbewußtsein durch den bloßen legislatorischen Willen und im Vertrauen auf die geglaubte Macht einführen zu wollen.

Das Streben, den unehelichen Kindern, „aus was für einem verbotenen Beischlafe sie auch erzeuget wären", den Unterhalt zu sichern, der ihnen nach dem Gesetze von beiden Elterntheilen gebührte, verleitete die Josefinische Gesetzgebung schon zu dem ersten sehr bedenklichen Satze, daß für den unehelichen Vater — dem die Alimentationspflicht in erster Linie oblag — Derjenige zu halten sei, der entweder während der Schwangerschaft, bei der Geburt oder sonst auch durch die kleinste Handlung zu erkennen gab, daß er das Kind als das seinige ansah; konnte der Vater durch ein solches Anzeichen nicht bestimmt werden, so war die Mutter berechtigt, Denjenigen zur Unterhaltung ihres Kindes zu belangen, der eines in den ersten drei Monaten der Schwanger-

[1]) Gerhabschaftsordnung, II. Titel, §. 1.

schaft mit ihr gepflogenen Beischlafes entweder geständig war oder dessen überwiesen werden konnte[2]).

Man würde aber sehr irren, wenn man meinte, es seien die Rechte der unehelichen Kinder nach dem Josefinischen Gesetzbuche auf Alimentation beschränkt gewesen.

Geradezu das Gegentheil sollte als Regel gelten; in allen Fällen, in denen ein Kind zwar außer der Ehe aber von zwei unverehelichten Personen gezeugt worden, und desto mehr, wenn ein Kind aus einer solchen ungiltigen Ehe geboren war, wo das Hinderniß so beschaffen war, daß es hätte gehoben werden können, wurde das (uneheliche) Kind dem ehelichen gleichgehalten, und sollte sowohl von der väterlichen wie von der mütterlichen Seite aller Rechte theilhaftig werden, welche den ehelichen Kindern zugestanden worden waren[3]); es wurden daher alle diese in Wahrheit unehelichen Kinder des väterlichen Namens, Wappens, aller Ehren, Würden und Vorzüge, die nicht auf die Person des Vaters beschränkt waren, theilhaftig und erwarben ein Recht an dessen Vermögen und Erbfolge[4]).

„Wahrhaft uneheliche Kinder" im Sinne des Josefinischen Gesetzes konnten daher nur auf zweierlei Weise entstehen, welche sich wie die Ausnahmen zu der Regel verhielten, daß von nun an die unehelichen Kinder als eheliche angesehen werden sollten.

Nur dann nämlich, wenn ein uneheliches Kind von Eltern gezeugt worden war, welche entweder Beide, oder Eines derselben zur Zeit der Erzeugung verehelicht waren, oder wenn zwischen den Eltern ein Ehehinderniß vorhanden war, das nicht gehoben werden konnte, war das Kind für „wahrhaft unehelich" von der Geburt an zu halten und blieb blos auf den ausgemessenen Unterhalt beschränkt, ohne daß ihm von der väterlichen oder von der mütterlichen Seite andere verwandtschaftliche Rechte zukamen[5]).

Außer diesem Falle konnten Kinder, welche von zwei unverehelichten Personen gezeugt worden, und welche sohin für ehelich zu halten waren, nur dann — wie sich das Gesetz ausdrückte — „wirklich unehelich" gemacht werden, wenn Vater oder

---

[2]) Josefinisches Gesetzbuch, IV. Hauptstück, §. 10. Sonderbarer Weise hatte die französische Revolution den gleichen Grundsatz, den Kaiser Josef aufgestellt hatte, recipirt, indem auch die französische Gesetzgebung der Revolutionsperiode die natürlichen Kinder den ehelichen geradezu gleichstellte und nur die Zulässigkeit des Beweises der Vaterschaft erschwerte; der code civile ließ diese Ansicht des Zwischenrechtes wieder fallen. S. Paraquin: Die französische Gesetzgebung II, das bürgerliche Recht, S. 47.

[3]) Ebenda, §. 16.

[4]) Ebenda, §. 20.

[5]) Ebenda, §. 15.

Mutter sich hintendrein mit einer dritten Person verehelicht hatten; auch durfte in einem solchen Falle eine Ehe nicht anders gestattet werden, als wenn vorher wegen des vorhandenen Kindes von der Gerichtsstelle zwischen den Eltern ein gütliches Abkommen getroffen worden war, widrigenfalls dem „unehelich gemachten Kinde" seine Gerechtsame (als eheliches Kind zu gelten) vorbehalten blieben[6]).

Daß der uneheliche Vater die väterliche Gewalt über jene Kinder erlangte, welche nicht wahrhaft unehelich waren, war nur eine gebotene theoretische Consequenz des einmal eingenommenen Standpunktes; eigenthümlich war aber die weitere Bestimmung, daß der uneheliche Vater nach dem Maße, als er das wahrhaft uneheliche Kind unterhielt, auch die väterliche Gewalt über dasselbe erlangen konnte, und daß es blos in seinem Willen gelegen war, sich derselben freiwillig zu begeben[7]).

Die Regel des deutschen Rechtes, daß nur die eheliche Geburt dem Vater die väterliche Gewalt verschaffe, war somit durch die Josefinische Gesetzgebung in das Gegentheil verkehrt worden, daß regelmäßig die außereheliche Zeugung und thatsächlich die noch so entfernt begründete Vermuthung derselben die gleiche Folge habe, und daß selbst in den Ausnahmsfällen, wo dies nicht stattfand, der Vater die Macht hatte, die väterliche Gewalt an sich zu ziehen. Nur Eines ist an dieser Stelle besonders zu betonen, daß man sich auf das Natur- und Vernunftrecht berufen mußte, um den Bruch mit der überlieferten natürlichen und vernünftigen Rechtsanschauung zu rechtfertigen!

Freilich weist eben diese Gesetzesbestimmung sehr deutlich auf den von uns im Eingange unserer Arbeit betonten Charakter der Codification in Oesterreich zurück, da nur von einem Volke, welches sich nicht blos regieren, sondern sogar willig vordenken ließ, Gesetzesbestimmungen, wie die eben aufgeführten, mit relativer Gleichgiltigkeit aufgenommen werden konnten, welche denn doch vollkommen geeignet waren, das Vertrauen des Volkes in die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der erlassenen Gesetze erheblich zu erschüttern[8]).

---

[6]) Josefinsches Gesetzbuch, IV. Hauptstück, §. 17.

[7]) Ebenda, §. 12.

[8]) Vergleiche übrigens gerade über diesen Punkt: Pfaff-Hoffmann: in dem ersten Hefte des ersten Bandes der Excurse: „Beilage zum Vortrage vom 27. November 1790, S. 16—19; das in dieser Beilage im Auszuge ausgegebene Majestätsgesuch sammt dem darüber erstatteten Vortrage mochte namentlich auf die Emanation des Patentes vom 22. Februar 1791 bestimmend gewirkt haben, in welchem diese Bestimmungen des Josefinischen Gesetzbuches über die unehelichen Kinder wieder aufgehoben wurden. Siehe auch Pfaff-Hoffmann Excurse I. Bd., I. Heft, S. 12.

2. Durch Legitimation des Kindes.

Das römiſche Recht hatte drei Arten der Legitimation — per subsequens matrimonium, per rescriptum principis und per oblationem curiae — überliefert; der letztgenannte Modus der Legitimation hat in Deutſchland und daher auch in Niederöſterreich nicht Eingang gefunden, ſo daß wir uns auf die beiden erſten beſchränken können.

1. Die legitimatio per subsequens matrimonium hatte nach dem öſterreichiſchen Rechte des 16., 17. und 18. Jahrhunderts bis auf Kaiſer Joſef herab die Wirkung, daß die auf dieſe Weiſe legitimirten Kinder in die Familie des Vaters eintraten, der über dieſelben die gleiche Gewalt, das gleiche Mundium, wie über ſeine eheleiblichen Kinder, ausübte.

Die niederöſterreichiſche Landtsordnung gedachte der per subsequens matrimonium legitimirten Kinder gar nicht mehr unter den unehelichen, zu denen ſie aber allerdings diejenigen rechnete, welche durch Gnade des Landesfürſten legitimirt wurden[1]); ebenſo ſchrieb die Landtsordnung Oeſterreichs ob der Enns ganz ausdrücklich vor, „daß, wenn die Eltern hernachen heyrathen und die Ehe nach ordnung der Chriſtlichen Khürchen Beſtätigen laſſen, die Kinder für Recht, Ehelich zu halten ſeien, ungeachtet ſie vor dem Khürchgang auf die welt erzeugt worden ſeien“[2]).

Finſterwalder[3]) und Beckmann[4]), Voſſius[5]) und Donner[6]) bezeugen außerdem, daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe in Abſicht auf die Familiengewalt des Vaters die gleiche Wirkung wie die eheliche Erzeugung gehabt habe, und ſo konnte es nicht fehlen, daß auch die Geſetze des 18. Jahrhunderts — welche ſich zuerſt mit dieſem Gegenſtande befaßten — den gleichen Grundſatz zum Ausdrucke brachten.

So erklärte ſchon die Handwerksordnung vom 19. April 1732[7]), daß der Unterſchied zwiſchen den ehelich erzeugten und

---

[1]) Landtsordnung Oeſterreichs unter der Enns, III. Buch, 16. Titel, Fol. 224.

[2]) Landtsordnung Oeſterreichs ob der Enns, V. Theil, VI. Titel, S. 774.

[3]) Finſterwalder, II. Buch, Obs. XXXII, S. 329, n. 8: „Legitimati per subsequens matrimonium vere legitimi sunt.“

[4]) Beckmann unter dem Schlagworte „Legitimatio“, S. 227, und Legitimi liberi, S. 278, wo Beckmann ganz beſonders die legitimatio per subsequens matrimonium als den optimus et perfectissimus legitimandi modus bezeichnet.

[5]) Voſſius S. 68, 328 und 504.

[6]) Donner S. 44, der insbeſondere hervorhebt, daß es nicht darauf ankomme, ob die Ehe bald nach der Geburt oder erſt nach vielen Jahren, etwa erſt nach der Auflöſung einer früher geſchloſſenen Ehe, erfolgte.

[7]) Codex austr., Suppl.-Bd. II, S. 745. Die entſcheidende Stelle iſt auf S. 763.

solchen Kindern, welche unehelich erzeugt und vor oder nach der Copulation ihrer Eltern geboren worden waren, in Ansehung der Aufnahme in die Handwerke aufzuhören habe, und namentlich beschäftigte sich der Satz und Ordnung des Erbrechts außer Testament mit der Feststellung der Wirkung dieser Legitimation.

Nach diesem letzten Gesetze sollten „unter den ehelichen Kindern auch diejenigen durchgehends verstanden sein, welche von beyderseits ledigen Personen ausser der Ehe erzeugt, folgends aber durch beyder Eltern zulässige Heyrath zu ehelichen Kindern wurden“ [8]).

Im Systeme des Josefinischen Gesetzbuches hatte eine legitimatio per subsequens matrimonium nicht mehr Platz; da nämlich Kinder, welche von zwei ledigen Personen erzeugt, ohnedies den ehelichen Kindern vollkommen gleichgestellt worden waren, so konnte eine nachfolgende Ehe der beiden Eltern ein Mehreres nicht bewirken; ja im Gegentheile gelangte dieses Gesetz — wie wir bereits gesehen haben — zu dem Widersinne, daß solche für ehelich geachtete Kinder ex post zu unehelichen werden konnten, wenn ein Elterntheil in der Folge eine Ehe mit einer dritten Person geschlossen hatte.

2. Die legitimatio per rescriptum principis hatte in Oesterreich ursprünglich wohl nur den Zweck, den Makel der unehelichen Geburt zu beseitigen, in der Folge wohl auch diese Kinder des testamentarischen Erbrechtes fähig zu machen; dagegen betonten es die Quellen stets, daß ihr beiweitem nicht die Rechtswirkungen der legitimatio per subsequens matrimonium zukamen, und es muß sehr in Zweifel gehalten werden, ob wirklich eine väterliche Schutzgewalt, ein Mundium des Vaters, durch diese Art der Legitimation begründet werden konnte.

Das Privilegium Kaiser Friedrich des Dritten vom heiligen Drei-Königstage 1453 ertheilte den österreichischen Erzherzogen das Recht, „Bastarde und andere Uneheliche zu legitimiren“ und dieselben „zu denen Rechten, so Ehelig geboren seyn“, bringt, „auch zu Ehren, Würden, Ständen und allen Ämbtern tauglich zu machen“ [9]).

Hiemit stimmt es vollkommen überein, wenn die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns — welche es den natürlichen Vätern verboten hatte, ihre vermeintlichen unehelichen Kinder mit einer erblichen Portion oder mit anderen „Geschäfften“ zu bedenken — nicht sofort jeder legitimatio per rescriptum principis, sondern nur jener eine besondere Wirkung verlieh, „wenn der Vatter solche uneheliche Kinder vor seinem Todt durch

---

[8]) Erbrecht außer Testament, II. Titel, §. 2.

[9]) Codex austr. II, unter dem Schlagworte „Oesterreich“, S. 93 u. ff., insbesondere S. 95.

Landtfürstliche Begnadung zu dem Erbrecht und Succession auftrücklichen ehelichen und legitimiren lassen hatte“ [10]).

Beckmann bezeugt, daß in Oesterreich und Steiermark nur die unehelichen Kinder der Fürsten, Grafen, Barone und Edelleute unmittelbar durch den Kaiser, die anderen „Hurenkinder“ aber durch die Regierung aus kaiserlicher Machtvollkommenheit legitimirt und denselben ein großer pergamentener Brief ausgestellt wurde, durch welchen sie von der unehelichen Geburt zwar befreit, aber keineswegs in die sämmtlichen Rechte der ehelichen Kinder eingesetzt wurden [11]).

Der Satz und Ordnung des Erbrechtes außer Testament endlich ertheilte den durch die landesfürstliche Macht legitimirten Kindern ein Intestaterbrecht an dem Vermögen ihres Vaters, wenn eheleibliche Kinder nicht vorhanden waren, und selbst in diesem Falle sollten bei den Landständen und den im Lande wohnhaften Standes- und adeligen Personen, die auf diese Weise Legitimirten durch die ehelich gebornen Befreundeten innerhalb des zehnten Grades von der Erbschaft ausgeschlossen werden [12]).

Bei so beschränkten Wirkungen der legitimatio per rescriptum principis, welche sich sogar noch nach der im Codex austr. unter dem Schlagworte „Ehren-Legitimations-Ertheilung“ abgedruckten Verordnung vom 26. Mai 1753 regelmäßig auf die restitutio honoris, famae, respective natalium beschränkte [13]), werden wir auch auf Vossius' Zeugniß in diesem Punkte nicht viel halten können, welcher beide Arten der Legitimation (per subsequens matrimonium und per rescriptum principis) als Entstehungsgründe der väterlichen Gewalt bezeichnete [14]).

Richtiger urtheilte Donner, daß die legitimatio per rescriptum principis nur zwei Wirkungen haben könne; in jedem Falle bewirke sie die Ehrlichmachung der Kinder, und wenn in der Legitimirungsurkunde insbesondere dessen erwähnt werde, auch die Fähigkeit zum Erbrechte; anderer Wirkungen erwähnt Donner nicht und es scheint diese Legitimation andere Wirkungen in Oesterreich auch nicht gehabt zu haben [15]).

Das Josefinische Gesetzbuch, welches nicht einmal der legitimatio per subsequens matrimonium bedurfte, konnte umso-

---

[10]) Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, III. Buch. 11. Titel, Fol. 224.

[11]) Beckmann S. 277 und 278.

[12]) Erbrecht außer Testament, II. Titel, §. 8, und IV. Titel, §. 2.

[13]) Codex austr., Suppl.-Bd. III, S. 766.

[14]) Vossius S. 66.

[15]) Donner II, S. 44.

mehr die legitimatio per rescriptum principis entbehren, als die Anrüchigkeit unehelicher Kinder bereits aus dem Systeme des Rechtes entfallen war.

3. Durch Annahme an Kindesstatt.

Es kann zwar als feststehend angesehen werden, daß die Anwünschung der Kinder, die Adoption, dem österreichischen Rechte des 17. Jahrhundertes schon bekannt war; ebenso ist es aber gewiß, daß die älteren Rechtsquellen unserer Periode über diesen Punkt nahezu gar nichts Nennenswerthes enthielten.

Der erste Theil dieser unserer Behauptung ergibt sich schon aus der Gerhabschaftsordnung, welche dem Vater das Recht einräumte, seinen „angewünschten" Kindern Gerhaben im Testamente oder letzten Willen zu benennen [1]); und daß unsere Quellen über diesen Punkt so spärlich flossen, erklärt sich aus der Bemerkung Weingärtler's, der nach der Darstellung der betreffenden Bestimmungen des römischen Rechtes hinzufügte: „Plura hic non addo; siquidem spectatis moribus hodiernis ... in superiori et inferiori Germania omnis adoptionis forma in nihilum quasi abiit, illiusque locum occupavit unio prolium, vulgo die Kindschafft, de qua infra plus" [2]).

In der That enthielten die älteren Rechtsquellen unserer Periode stets Bestimmungen über Erbeinigungen und Einkindschaften, dagegen so gut wie nichts über Adoptionen, so daß selbst ein so genauer Schriftsteller als Beckmann sich nur veranlaßt fand, im Vorbeigehen der Adoption zu erwähnen, und den Gegenstand unter einem besonderen Schlagworte zu behandeln für überflüssig hielt [3]).

Die erste Quelle, welche ausführlicher von der Adoption redete und nicht blos neuere Bestimmungen enthielt, sondern auch den in dieser Beziehung überlieferten Landtsbrauch bezeugte, war abermals „der Satz und Ordnung des Erbrechtes außer Testament" vom 3. Mai 1720.

In diesem Gesetze war nun zunächst vorgeschrieben worden, daß adoptirte und angewünschte Kinder das — später zu erörternde — Erbrecht in das Vermögen ihrer Eltern nur dann haben, wenn „die Adoption und Anwünschung unter den Lands-Mitgliedern des Herrn- und Ritter-Standes mit landsfürstlichem gnädigsten Consens auf vorhergegangene Vernehmung der dabei interessirten Befreundten, unter anderen Personen aber, wenn der Angewünschte unvogtbar, vor desselben, und wenn er vogtbar,

---

[1]) Gerhabschaftsordnung, II. Titel, §. 1.
[2]) Weingärtler S. 16.
[3]) Beckmann unter dem Schlagworte „Cognatio", S. 64.

vor des Adoptanten und Anwünschenden ordentlicher Obrigkeit beschehen wäre". Wie die Adoption, so sollte auch die Entlassung wiederum „nach beigebrachten erheblichen Ursachen und nur mit Approbation" erfolgen [4]).

Die Bedingungen, unter welchen eine Adoption statthaft war, wurden in dem Gesetze nicht angegeben und nicht einmal bestimmt, ob sich diesfalls lediglich an das römische Recht zu halten sei; das Gesetz begnügte sich vielmehr damit, den Einfluß der Anwünschung, Adoption und Arrogation auf das wechselseitige Erbrecht des Adoptirenden und Adoptirten anzugeben.

Was nun das Erbrecht der Adoptivkinder in den Nachlaß der Adoptiveltern betrifft, so war bestimmt worden, daß, „wenn jemand einen oder mehrere an Kindes-statt annehme, und darüber ohne Testament mit Tod abgehe, seine Verlassenschaft — jedoch ausser der etwan darbey befindigen Lehen, wie auch der Erb- und Stamm-Güter — auf solche adoptirte oder angewünschte Kinder und Kinds-Kinder, nicht anderst als wenn sie seine recht ehelich gebohrnen Kinder wären, übergehe", und daß „im Fall neben den angewünschten auch andere eheleibliche Kinder vorhanden wären, sie mit einander zu gleichen Theilen erben" [5]).

Nur dann, wenn der Adoptivvater das angewünschte Kind in seinen Lebzeiten der väterlichen Gewalt wieder entlassen hätte, sollte dem Letzteren weiter keine Erbgerechtigkeit zu des Vaters Verlassenschaft zustehen [6]).

In Ansehung des Erbrechtes in aufsteigender Linie wurde ein Unterschied beobachtet: „War jemand von einem Fremden, so ihme mit keiner Bluts-Freundschaft beygethan, an Kindsstatt aufgenommen worden, und ohne eheleibliche Leibserben mit Tod abgegangen, und hatte derselbe neben seinen Eltern auch den anwünschenden Vater verlassen, so sollte dessen Erbschaft den natürlichen Eltern zufallen und der Anwünschende hievon gänzlich ausgeschlossen sein" [7]); wurde dagegen „jemand von seinen väterlich- oder mütterlichen An-Herrn an Kindesstatt aufgenommen, so stand dessen Verlassenschaft dem Anwünschenden und nicht den natürlichen Eltern zu" [8]).

War ferner „ein Arrogatus" abgestorben, „welcher weder Kinder, natürliche Eltern noch Geschwister oder Geschwisterkinder von beeden Banden, wohl aber den Arrogatorem hinterlassen hatte, in dessen väterlicher Gewalt er bis im Tod verblieben war und hatte der Arrogatus vor seinem Tode die vogt-

---

[4]) Erbrecht außer Testament, III. Titel, §. 3.
[5]) Ebenda, §. 1.
[6]) Ebenda, §. 2.
[7]) Ebenda, II. Titel, §. 1.
[8]) Ebenda, §. 2.

baren Jahre schon erreicht, so erbte ihn derjenige, so ihn arrogirt, allein, und waren alle anderen etwa vorhandenen weiteren Befreundten ausgeschlossen; starb der Arrogatus dagegen in unvogtbaren Jahren, so wurde der Arrogator von der Erbschafft ausgeschlossen und die nächsten Blutsverwandten zugelassen" [9]).

„Wenn schließlich ein solcher Arrogatus neben seinem Arrogatoren auch zweybändige Geschwister oder Geschwisterkinder verlassen hätte, so sollte der Arrogator mit ihnen zu gleichen Theilen in Häuptern erben" [10]).

Aus diesen ausführlich mitgetheilten Bestimmungen des österreichischen Rechtes über die Adoption und insbesondere aus den zwei Stellen, in welchen von einer väterlichen Gewalt des Adoptirenden und Arrogators über die Adoptirten und Arrogirten die Rede war, wären wir geneigt gewesen, anzunehmen, daß die Adoption thatsächlich die väterliche Gewalt jederzeit auf den Adoptirenden übertragen habe.

Allein die Schriftsteller stimmen mit dieser Anschauung durchaus nicht überein.

Vossius schrieb zwar an einer Stelle: „Acquiritur patria potestas justis nuptiis, legitimatione et adoptione" [11]); aber in seinem dem Werke beigegebenen Supplementis war er schon anderer Meinung geworden und wollte die väterliche Gewalt und die gesetzliche Vormundschaft dem Adoptirenden nur ausnahmsweise zugestehen.

Generatim — so schrieb Vossius — effectus adoptionis ex potestate patris naturalis metiendi sunt; hinc adoptatum una cum bonis suis in potestatem adoptantis non venire facile patet: id quoque: patremfamilias, utpote qui separatae familiae caput sit, arrogatum in jura quidem familiae arrogatoris, non autem in potestatem venire [12]).

Woher Vossius den Rechtssatz nahm, daß die Wirkungen der Adoption analog nach der Gewalt des natürlichen Vaters zu bemessen waren, können wir nicht angeben, und daß Vossius unter dem pater naturalis nicht etwa den leiblichen Vater, sondern den unehelichen Vater verstand, möchten wir aus seinen Worten schließen, daß eben deswegen der Adoptirte nicht unter die Gewalt des Adoptirenden gelange, wie es in Ansehung der unehelichen Kinder auch der Fall war.

Noch unklarer scheint endlich Vossius der Unterschied zwischen Adoption und Arrogation nach österreichischem Rechte gewesen zu

[9]) Erbrecht außer Testament, II. Titel, §. 3.
[10]) Ebenda, §. 4.
[11]) Vossius S. 68.
[12]) Ebenda, S. 47 .

sein, und er glaubte schließlich denselben darin sehen zu sollen, daß die gesetzliche Vormundschaft durch die Arrogation auf den Arrogirenden übergehe, nicht aber durch die Adoption, höchstens durch die plena adoptio [13]).

Donner hat uns über den von Vossius angeregten Zweifel nicht aufklären können, und so sehen wir uns in der That außer Stande, anzugeben, ob denn die Adoption nach österreichischem Rechte vor dem Josefinischen Gesetzbuche als Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt angesehen wurde, und müssen dieses unser non liquet durch Beziehung auf die am Eingange dieses Abschnittes betonte Dürftigkeit der österreichischen Rechtsquellen entschuldigen.

Zusammenhängende aber wohl ganz verunglückte Bestimmungen enthielt über diesen Gegenstand das Josefinische Gesetzbuch.

Wenn Jemand einen Anderen an Kindesstatt annahm und dieser großjährig war, so sollte dasjenige Bestand haben, wessen sie mit einander übereingekommen waren; das Gesetzbuch stellte sich sonderbarer Weise auf den reinen naturrechtlichen Vertragsstandpunkt, und der Inhalt des Vertrages war weder irgendwelcher näheren Beschränkung, noch einer obrigkeitlichen Bestätigung oder auch nur einer Beurkundung der Annahme an Kindesstatt unterworfen worden; folgerichtig muß auch angenommen werden, daß von dem Uebergange einer väterlichen Gewalt auf den Adoptirenden hier nur so weit die Rede sein konnte, als dies eben im Vertrage festgesetzt worden war [14]).

War der Angenommene minderjährig, so genügte die Einwilligung des Vaters, und nur wenn dieser nicht mehr am Leben war, mußte die Einwilligung des Vormundes und der Vormundschaftsbehörde eingeholt werden [15]).

Die weitere Bestimmung des Gesetzes, daß der Vater schuldig war, sein Wahlkind gleich einem leiblichen zu erziehen, zu schützen und zu vertreten, bezog sich wohl von selbst blos auf minderjährige Wahlkinder; während der Minderjährigkeit des Wahlkindes hatte der Wahlvater auch das Vermögen des Ersteren wie ein anderer Vormund zu verwalten und zu verrechnen; war aber das Wahlkind bereits unter Vormundschaft gestanden, so mußte der Vormund dieselbe dem Wahlvater abtreten [16]).

---

[13]) Vossius, S. 47.: „Minus explicata jure nostro est differentia inter adoptionem et arrogationem. Utramque eodem modo fieri ex verbis generalibus legislatoris apparet; quod demum successionem ab intestato attinet nec ibi aliqua differentia est; hanc unicam mihi invenire videor, quod per arrogationem tutela legitima transferatur in arrogantem, non item per adoptionem, nisi per adoptionem plenam.

[14]) Josefinisches Gesetzbuch, IV. Hauptstück, §. 28.

[15]) Ebenda.

[16]) Ebenda, §. 29.

An Kindesstatt anzunehmen stand nach dem Josefinischen Gesetzbuche Jedermann frei; auch Weibspersonen sollten nicht nur an Kindesstatt angenommen werden, sondern auch annehmen können; nur durften sie in letzterem Falle, weil sie von den Vormundschaften ausgeschlossen waren, sich solche Gerichtshandlungen nicht anmaßen, die nur den Vormündern zukamen [17]).

In der That begründete die Adoption an sich nach dem Josefinischen Gesetzbuche keinerlei andere Wirkung, als daß, wenn der Adoptirende ein Mann war, er die Vormundschaft über den minderjährigen Adoptirten erhielt; denn von dem Erb- und Pflichttheilsrechte waren nunmehr Adoptivkinder insbesondere ausgeschlossen worden, wenn ihnen nicht ausdrücklich ein Theil an dem Vermögen der Wahleltern bestimmt worden war [18]).

Aber auch den Namen des Wahlvaters oder der Wahlmutter war das Wahlkind durch die Adoption allein zu führen noch nicht berechtigt; denn wenn bei einer Annehmung an Kindesstatt es sich auch um die Führung des Namens und Wappens, um Theilnahme am Stande und Würden oder anderen Geschlechtsrechten handelte, sollte der Fall bei Personen höheren Standes dem Landesfürsten zur Genehmigung vorgelegt, bei anderen Ständen aber die Bewilligung der Landesstelle dazu bewirkt werden [19]).

Unter solchen Umständen läßt sich auch nach dem Josefinischen Gesetzbuche durchaus nicht davon reden, daß die Annahme an Kindesstatt ein väterliches Mundium des Adoptirenden über den Adoptirten bewirkt habe, und die verwässerte Adoption hätte mit noch viel größerem Rechte aus diesem Gesetze wegbleiben können, als die Einkindschaft, welche von demselben gänzlich aufgehoben worden war [20]).

Resumiren wir mit kurzen Worten das bisher Gesagte, so muß behauptet werden, daß nur die eheliche Geburt durch die ganze Periode hindurch als Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt angesehen wurde; früher galt wohl auch die legitimatio per subsequens matrimonium der ehelichen Geburt gleich, aber nachdem das Josefinische Gesetz die Rechte der unehelichen und ehelichen Kinder durcheinandergeworfen hatte, war jede Wirkung einer nachfolgenden Ehe geschwunden; die legitimatio per rescriptum principis konnte wohl niemals in Oesterreich als recht eigentlicher Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt gelten, und dem Josefinischen Gesetzbuche war dieses Rechtsinstitut sogar ganz fremd geblieben.

---

[17]) Josefinisches Gesetzbuch, IV. Hauptstück, §. 31.
[18]) Ebenda, §. 30.
[19]) Ebenda, §. 32.
[20]) Ebenda, §. 33.

Was endlich die Adoption betrifft, so haben wir oben gesehen, daß die vorjosefinischen Juristen über die Wirkungen derselben vollkommen im Unklaren sich befanden, während es der Gesetzgebung Kaiser Josef's vorbehalten war, dem Rechtsinstitute jeden eigenthümlichen Charakter und somit auch jeden Werth zu benehmen.

III. Capitel.

Endigung der väterlichen Gewalt und Vormundschaft.

Zahlreicher und schwieriger zu behandeln als die Entstehungs-, sind die Endigungsgründe der väterlichen Vormundschaft, und da das österreichische Recht in dieser Beziehung sehr bedeutende Abweichungen vom gemeinen Rechte zeigt, werden wir ebenfalls hier nicht umhin können, zunächst des gemeinen deutschen Rechtes mit einigen kurzen Sätzen zu gedenken.

1. Rückblick auf das gemeine deutsche Recht.

Was das ältere deutsche Recht betrifft, so reicht es hin, der Aufhebungsgründe der väterlichen Vormundschaft durch den Tod des Vaters und des Kindes wie durch die eingetretene Unfähigkeit des Vaters nur im Vorbeigehen zu erwähnen; weiters stand es nach Kraut's Behauptung fest, daß das deutsche Recht keine Emancipation im Sinne des römischen Rechtes kannte, daß dagegen die väterliche Vormundschaft bei beiden Geschlechtern durch den Eintritt der Kinder in ein Kloster und bei den Töchtern durch ihre Verehelichung, seitdem sie durch dieselbe unter die Vormundschaft des Ehegatten kamen, aufhörte.

Unstreitig war es ferner, daß überall dort, wo Geschlechtsvormundschaft bestand, die väterliche Vormundschaft über Töchter auch noch fortdauerte, nachdem die Töchter die Volljährigkeit erreicht hatten, und so war es nur in Ansehung der Söhne noch streitig, ob dieselben schon durch die Volljährigkeit ipso facto aus der Vormundschaft des Vaters traten, oder ob noch ein Act der Absonderung vom Vater hinzutreten müßte.

Kraut verneint aber diese Frage und behauptet, daß nach älterem deutschen Rechte weder die Abtheilung oder Abschichtung der Söhne, noch deren Austritt aus dem elterlichen Hause nothwendig war, um die väterliche Vormundschaft zu beenden, sondern daß die Söhne von selbst durch Erreichung der vogtbaren Jahre aus der Schutzgewalt ihres Vaters traten [1]).

Anders verhielt sich die Sache nach neuerem deutschen Rechte.

---

[1]) Kraut II, S. 590—602.

Zwar konnte nicht geleugnet werden, daß mit der Einführung des römischen Rechtes die Lehre der Emancipation in Deutschland Eingang gefunden hatte; allein es zeigte sich von jeher höchst selten eine Gelegenheit zu deren Anwendung, da die Juristen darüber einig waren, daß außer durch Emancipation die väterliche Gewalt in Deutschland auch durch eigenthümlich deutschrechtliche Aufhebungsarten beendet werde, so daß diese meistens gar keinen Raum für die Anwendung der römischen Emancipation übrig ließen.

Die unbestrittenen Beendigungsarten der väterlichen Gewalt nach neuem deutschem Rechte waren nämlich bei Söhnen die Anlegung eines besonderen Haushaltes und bei Töchtern ihre Verheiratung; unbestritten war es ferner nach neuem deutschem Rechte, daß bei Söhnen die väterliche Vormundschaft durch Erreichung der Volljährigkeit allein nicht beendet wurde, wenn nicht die Anlegung eines besonderen Haushaltes hinzukam; und so blieben nur noch die zwei Fragen streitig, ob denn nicht auch umgekehrt bei Töchtern durch Anlegung eines besonderen Haushaltes und bei Söhnen durch ihre Verehelichung die Vormundschaft beendet werde.

Kraut glaubt indessen, auch diese beiden Fragen bejahen zu müssen, so daß sich Verheiratung und Anlegung eines besonderen Haushaltes sowohl bei Söhnen als auch bei Töchtern als die eigenthümlichen deutschrechtlichen Aufhebungsgründe der väterlichen Gewalt herausstellten, welche der Emancipation des römischen Rechtes nahezu keinen Raum übrig ließen [2]).

Da die Verehelichung nach deutschem Rechte auch die Altersvormundschaft bei beiden Geschlechtern — mindestens nach der Meinung vieler angesehener Juristen — beendete, so lag auch hierin wieder eine Annäherung der Vormundschaft des Vaters an die gewöhnliche Altersvormundschaft über vaterlose, beziehungsweise elternlose Waisen.

2. Nach österreichischem Rechte.

Das österreichische Recht war noch in höherem Maße als das gemeine deutsche Recht geneigt, die väterliche Vormundschaft der gewöhnlichen Altersvormundschaft zu nähern; es ist demnach auch sehr erklärlich, daß die Endigungsgründe der väterlichen Vormundschaft mit den bereits in einem früheren Abschnitte dargestellten Endigungsgründen der gewöhnlichen Altersvormundschaft nahezu vollkommen zusammenfielen, und daß weder für die Emancipation des römischen Rechtes noch auch für die deutschrechtliche Beendigungsart, durch Gestattung der Führung eines eigenen Haushaltes viel Raum übrig blieb.

In der That könnte man eine eigentliche Quellenstelle, welche

---

[2]) Kraut II, S. 643—669.

der zwei letztbezeichneten Beendigungsarten insbesondere gedacht hätte, im österreichischen Rechte kaum finden und nur gelegentlich trifft sich hie und da eine Beziehung auf das in Deutschland diesfalls begründete Gewohnheitsrecht und auf die Bestimmungen der Justinianischen Gesetze.

Da wir der Aufhebungsgründe durch den Tod des Kindes und des Vaters nicht insbesondere zu gedenken brauchen, werden wir unsere Betrachtungen darauf beschränken können, ob die Vormundschaft des Vaters nach österreichischem Rechte ebenso wie die Vormundschaft des Altersvormundes durch Volljährigkeit des Mündels, durch venia aetatis, Verehelichung des Mündels, Eintritt desselben in den geistlichen Stand und durch das Meisterrecht beendet wurde.

Wir werden an diese Endigungsgründe die Frage reihen, ob der Vater seiner Vormundschaft auch wegen Unwürdigkeit entsetzt werden konnte, und schließlich noch betrachten, ob und inwieweit im österreichischen Rechte sich Spuren finden, daß die Emancipation des römischen Rechtes Eingang gefunden, und daß die Absonderung des Kindes als Beendigungsgrund der väterlichen Gewalt gegolten habe.

a) Durch Volljährigkeit des Kindes, venia aetatis, Verehelichung, Ablegung der Ordensprofeß und Erlangung des Meisterrechtes.

1. Die erreichte Vogtbarkeit beendete schon seit dem 16. Jahrhunderte die Vormundschaft des Vaters sowohl über seine Söhne, als auch über seine Töchter in gleicher Weise wie die Altersvormundschaft.

Dies beweisen schon zunächst die Wiener Freiheiten, welche nicht etwa blos das Ende der Altersvormundschaft mit dem Eintritte der vogtbaren Jahre eintreten ließen, sondern ganz allgemein die Jahre der Vogtbarkeit bei den Männern auf das vollendete 22., und bei Frauen auf das vollendete 20. Lebensjahr gestellt hatten[1]).

Da, wie wir später sehen werden, eine Geschlechtsvormundschaft dem österreichischen Rechte unserer Periode fremd war, mithin die Töchter in dieser Beziehung den Söhnen gleichgestellt waren, so verstand sich eigentlich diese Anordnung umsomehr von selbst, als die Quellen unserer Periode niemals nebst der Vollendung der vogtbaren Jahre noch eine Absonderung der Kinder verlangt hatten.

In Uebereinstimmung mit diesem Grundsatze erklärte die niederösterreichische Landtsordnung, im Gegensatze zu dem geschriebenen Rechte, daß alle vogtbaren Kinder, deren Eltern noch

[1]) Codex austr. II, S. 490.

am Leben sind, selbstständig vor Gericht zu klagen berechtigt seien, und daß wider diese vogtbaren Kinder die exceptio patriae potestatis dem Landtsbrauche nach unstatthaft sei[2]); in gleicher Weise war in diesem Rechtsbuche bestimmt worden, daß die Kinder, so ihre vogtbaren Jahre erreicht und unter ihrer Eltern Gewahrsam nicht mehr seien, den Eltern allerdings Geld leihen dürfen[3]), und so war es demnach auch nach der Landtsordnung entschieden, daß sich jede väterliche Vormundschaft sowohl durch die Vogtbarkeit der Söhne als auch durch jene der Töchter endige.

Die Gesetze über Vergerhabung und Versorgung der Pupillen der oberen Stände vom 2. August 1631 und vom 10. November 1634 hatten ebenso die Vogtbarkeitstermine der Männer und Frauen ohne jedwede weitere Unterscheidung vor Augen, und die Gerhabschaftsordnung war durch den Ausdruck, „daß jedwedere Gerhabschaft sich mit dem vollendeten 22., beziehungsweise 20. Lebensjahre ende", sichtlich bestrebt, auszudrücken, daß nicht blos die gewöhnliche Altersvormundschaft, sondern auch die Vormundschaft des Vaters mit dem gesetzten Termine ihr Ende erreiche.

Noch mehr betonte es das Gesetz Maria Theresia's über Majorennitätsjahre-Bestimmung vom 12. April 1753, daß der neue Volljährigkeitstermin ausnahmslos für alle Männer und alle Frauen gelten solle, und nahezu alle österreichischen Schriftsteller stimmen darin überein, daß weder in Ansehung der Männer, noch in Ansehung der Frauen zu der erreichten Volljährigkeit noch ein weiterer Umstand hinzutreten mußte, um das Ende der Vormundschaft herbeizuführen.

So waren denn auch nach dem Josefinischen Gesetzbuche die Kinder, welche unter des Vaters Gewalt standen, ganz ausdrücklich den anderen Waisen und Minderjährigen vollkommen gleichgestellt worden, insolange sie ihre Großjährigkeit nicht erreicht hatten, aus welcher Stelle dann abermals zu entnehmen ist, daß das vollendete 24. Lebensjahr nunmehr bei beiden Geschlechtern auch die väterliche Vormundschaft beendete, ohne daß noch ein anderes Ereigniß hinzutreten mußte[4]).

Lediglich am Lande bei den unterthänigen Personen scheint sich ein entgegengesetzter Grundsatz des überlieferten Landtsbrauches theilweise erhalten zu haben; mindestens schrieb Grenek, daß man den vogtbar gewordenen Kindern, wenn sie nicht verehelicht waren, ihr Erbgebührniß ohne Vorwissen der Herrschaft nicht erfolgen

[2]) Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, I. Buch, XXII. Titel, Fol. 24v.
[3]) Ebenda, II. Buch, VII. Titel, Fol. 1.
[4]) Josefinisches Gesetzbuch, IV. Hauptstück, §. 21.

durfte, so daß sich am Lande allerdings ein Rest der Anschauung erhalten hatte, daß die unverehelichten Kinder — gleichviel, ob sie die vogtbaren Jahre erreicht hatten oder nicht — noch unter einer Schutzgewalt standen, welche bald die des Vormundes, bald die des Vaters sein konnte.

2. Zweifelhaft ist es, ob die Altersnachsicht, die venia aetatis, bei Kindern, welche unter dem Mundium des Vaters standen, ebenfalls als Beendigungsgrund der väterlichen Vormundschaft angesehen werden durfte.

Die Gerhabschaftsordnung sprach einzig und allein von Pupillen, denen durch landesfürstlichen Ausspruch die venia aetatis ertheilt zu werden pflegte, und dieser Umstand scheint sehr dafür zu sprechen, daß für Kinder, deren Vater noch am Leben war, die venia aetatis nicht einen Beendigungsgrund der Vormundschaft bildete.

Nach dem Majorennitätsjahre-Patente dürfte aber die venia aetatis auf sämmtliche Minderjährige ausgedehnt worden sein; denn die Kaiserin behielt es sich ganz allgemein bevor, die in ihrer Minderjährigkeit zur Ehe schreitenden Weibspersonen zu dispensiren, und ebenfalls beiden Geschlechtern die facultas testandi vor dem gesetzlich vorgeschriebenen Alter zu ertheilen.

Ob nach dem Josefinischen Gesetzbuche das Gericht den Waisen, deren Väter noch am Leben waren, die Altersnachsicht ertheilen konnte, erscheint ebenfalls zweifelhaft, und auf den ersten Blick möchte man geneigt sein, die Frage zu verneinen, weil die betreffende Gesetzesbestimmung, welche von der Altersnachsicht handelt, blos im Hauptstücke von der Vormundschaft vorkommt, und in dem die väterliche Gewalt behandelnden Hauptstücke etwas Aehnliches nicht vorgesehen ist.

Trotzdem wären wir geneigt, die entgegengesetze Anschauung auszusprechen; vor Allem muß es auffallen, daß dem Josefinischen Gesetzbuche eine Entlassung aus der väterlichen Gewalt vollkommen fremd war, ein Mangel, der um so empfindlicher sein mußte, als ja die Gewalt des Vaters sonst größer wäre, als die des Vormundes, und der Vormund die Altersnachsicht an seinen Mündel jedenfalls nachsuchen und meistens auch bewirken konnte.

Sodann ist nicht zu übersehen, daß die Gesetzesstelle, welche von der Altersnachsicht handelt, im Allgemeinen von Mündeln, welche vor erfülltem 24. Lebensjahre ihre Geschäfte selbst zu besorgen fähig sind, spricht, und daß Kinder, welche ihre Großjährigkeit nicht erreicht hatten, ausdrücklich den anderen Waisen und Minderjährigen gleichzuachten waren, mithin sicher nicht ungünstiger gestellt werden wollten, als jene Personen, welche sich unter Altersvormundschaft befanden.

3. Was die Verheiratung der Kinder und 4. deren Eintritt

in den geistlichen Stand betrifft, so unterlag es keinem Zweifel, daß nach den obbezogenen Quellenstellen der Wiener Freiheiten und der Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns Männer und Frauen durch die Heirat die Volljährigkeit erreichten, und daher ebenso aus der Vormundschaft des Vaters wie aus der des Altersvormundes traten.

Nur die Gesetze über Vergerhabung und Versorgung der Pupillen, deren wir ebenfalls schon oft gedachten, hatten die Wirkung der Heirat und des Eintrittes in den geistlichen Stand auf das weibliche Geschlecht allein beschränkt; allein schon die Gerhabschaftsordnung stellte die Gleichheit zwischen Männer und Frauen in beiden Beziehungen her, und niemals war in unserer Periode später mehr ein Zweifel, daß auch die väterliche Vormundschaft durch Verheiratung der Kinder beendigt wurde.

Daß das Majorennitätsjahregesetz Maria Theresia's beide Endigungsgründe der Vormundschaft allgemein aufgehoben und daß das Josefinische Gesetzbuch hieran nichts geändert hat, haben wir ebenfalls bereits früher näher auseinandergesetzt.

5. Schließlich ist noch des Meisterrechtes zu erwähnen, welches, wie wir gesehen haben, seit Maria Thereſiens Gesetz über Majorennitätsjahre-Bestimmung ebenfalls die Volljährigkeit des Meisters zur Folge hatte; auch hier bestand aber sicher kein Unterschied zwischen Kindern, welche einen Vater am Leben hatten, und zwischen Waisen, und so können wir behaupten, daß sämmtliche Endigungsgründe der Altersvormundschaft, die wir bisher betrachtet haben, in gleicher Weise auch die Vormundschaft des Vaters beendeten, und daß die Eigenberechtigung der sämmtlichen Minderjährigen regelmäßig durch dieselben Gründe veranlaßt wurde.

b) Durch gerichtliches Decret wegen Unwürdigkeit des Vaters.

Die Polizeiordnung des Jahres 1552 hatte schon an die Bestimmung, daß der Vater ohne Erkenntniß der Obrigkeit Gerhab seiner ehelichen Kinder in Ansehung des mütterlichen Vermögens sei, die weitere Verfügung gereiht, daß, wenn der Vater eine „verthuenliche, ungenuegsame Person wäre, es alsdann ebenso gehalten werden solle, wie dies anderer untauglicher Personen halber angeordnet worden sei“ [1]), und diese Bestimmung zeigte klar, daß eine Entfernung des Vaters von der väterlichen Vormundschaft wegen Unwürdigkeit stets als zulässig angesehen wurde.

Die Gerhabschaftsordnung hatte es schon zunächst in das Ermessen der Obrigkeit gesetzt, ob dem Vater Mitgerhaben zuzu-

[1]) Polizeiordnung, Fol. XXIIv. und XXIII.

ordnen seien oder nicht [2]), und namentlich dann, wenn der Vater zur zweiten Ehe geschritten war, lag der Obrigkeit die Pflicht ob, es in Ueberlegung zu ziehen, ob nicht „nach Befund der Umbständ dem Vater aus denen Mütterlichen Befreundten gleich oder mittler Zeit ein Mitgerhab adjungirt werden wolle“ [3]).

Da somit der Vater so ganz auf eine Linie mit einem Gerhaben gestellt worden war, verstand sich die weitere Verfügung wohl von selbst, daß „zum Fall kundbar oder erweißlich wäre, daß der Vater ein Verschwender oder sonst eines unordentlichen Haußhaltes wäre, oder daß durch seine Gläubiger das Mütterliche Gut angegriffen würde, alsdann, wenn sich gleich der Vatter schon in die Verwaltung oder Gerhabschaft eingelassen hätte, er derselben entsetzt und seinen Kindern des Mütterlichen Guts halber andere Gerhaben verordnet werden sollen“ [4]).

Auf diese Weise war demnach eine Enthebung des Vaters von der Vormundschaft wegen Unwürdigkeit nach österreichischem Rechte stets möglich, und das Josefinische Gesetzbuch sanctionirte blos das überlieferte Recht durch die Bestimmung, daß, wenn der Vater einer geflissentlichen Benachtheiligung oder großen Verwahrlosung des kindlichen Vermögens überzeugt werde, den Kindern ein anderer Vormund zu bestellen und durch denselben sowohl das Vernachlässigte wieder in Ordnung zu bringen, als der Ersatz nach Beschaffenheit der Umstände vom Vater gerichtlich einzutreiben sei [5]).

c) Durch Emancipation und Absonderung der Hauskinder.

Je mehr sich die väterliche Vormundschaft des österreichischen Rechtes der Altersvormundschaft genähert hatte, umsoweniger ergab sich die praktische Nothwendigkeit besonderer Endigungsgründe der väterlichen Vormundschaft.

Wie schon Kraut hervorgehoben hatte, daß im Systeme des deutschen Rechtes die Emancipation des römischen Rechtes keinen passenden Raum fand, so traf dasselbe in Oesterreich zu, welches überdies auch noch der Absonderung des Haushaltes der Kinder keinen wesentlichen Einfluß einräumen konnte, da ja schon das erreichte vogtbare Alter an und für sich ebenso wie die Verheiratung der Kinder die väterliche Vormundschaft beendete und das Bedürfniß einer Absonderung des Haushaltes für unverheiratete Personen, welche das 22., beziehungsweise 20. Lebensjahr noch nicht erreicht hatten, eben gar nicht oder doch äußerst selten vorlag.

---

[2]) Gerhabschaftsordnung, III. Titel, §. 5.
[3]) Ebenda, §. 8.
[4]) Ebenda, §. 6.
[5]) Josefinisches Gesetzbuch, IV. Hauptstück, §. 25.

Schon Weingärtler, der die Emancipation noch theoretisch als Beendigungsart der Vormundschaft auffaßte, bemerkte dazu, daß ein gerichtlicher Act dabei nicht mehr in Gebrauch sei, sondern daß eine Emancipation stillschweigend dann vermuthet wurde, wenn der Vater seinem Sohne einen besonderen Haushalt gestattete und ihn gleichzeitig verehelichte [1]).

Treffend schrieb Vossius [2]): „Postquam autem patriam potestatem tutelam esse vidimus tum maxime filii emancipati censentur, quando ad aetatem perveniant perfectam. Quod praecipue observatur, cum peculia adventitia habent. Transactis enim viginti quatuor pro majorennibus a magistratu ipsis petentibus declarantur, si modo alia non obstent.

Wir sehen daher, daß weder Weingärtler noch Vossius, von denen der Erste das österreichische Recht nach der Ordnung der Institutionen, und der Andere nach der Titelfolge der Pandekten darstellte, im Stande waren, den Fortbestand der römischen Emancipation zu bezeugen, und daß Beide den Begriff des römischen Rechtes nur dadurch festhalten konnten, daß der Erste die Emancipation in der Gestattung der Verehelichung und der Zweite in der Erreichung der Volljährigkeit erblickte.

Da auch kein österreichisches Gesetz noch auch ein Rechtsbuch unserer Periode der römischen Emancipation als Endigungsgrund der väterlichen Vormundschaft insbesondere gedachte, so können wir mit Bestimmtheit schließen, daß das ganze Institut dem österreichischen Rechte stets fremd geblieben ist, und daß nur bei einem Adoptivvater eine Entlassung des Kindes aus dem Adoptivverhältnisse praktisch vorkommen konnte.

Die Absonderung des Sohnes hat nur Vossius als Endigungsgrund der väterlichen Vormundschaft hingestellt, da er sagt, daß letztere aufhöre, cum filius consentiente patre separatas rationes habere incipiat [3]); außerdem konnten wir nur in der Verordnung vom 1. November 1766, betreffend „die Jurisdiction über die majorennen Kinder der Väter eines privilegirten fori", eine Hindeutung auf dieses deutschrechtliche Gewohnheitsrecht finden, in welcher Verordnung gesagt worden war, daß jene majorennen Kinder, welche sich bei den Vätern im Hause befinden und keine andere Bedienstung oder Qualität auf sich haben, dem (privilegirten) foro patris unterworfen bleiben; daß hingegen jene majorennen Kinder, welche auch in vita patris entweder proprium

[1]) Weingärtler S. 17: „Hodie de consuetudine non requiruntur in emancipatione solemnitates judiciales, sed praesumtio fit tacite, cum pater permittit filium res suas sibi habere eumque dat in matrimonium.

[2]) Vossius S. 69.

[3]) Ebenda.

focum haben, eine Bedienstung annehmen oder aliam qualitatem sich beilegen, nicht mehr unter die Gerichtsbarkeit ihres Vaters gehören[4]).

Ungeachtet diese beiden Stellen aber eine Verwandtschaft mit dem deutschen Gewohnheitsrechte zeigen, werden wir dennoch behaupten müssen, daß bei dem gänzlichen Mangel an gesetzlichen Bestimmungen die Absonderung des Sohnes vom Vater weder an und für sich die väterliche Vormundschaft nach österreichischem Rechte erlöschen machte, noch auch zur physisch erreichten Großjährigkeit hinzukommen mußte, um diese Wirkung hervorzubringen.

IV. Capitel.

Inhalt und Wirkung der väterlichen Vormundschaft.

Dürftiger noch als über den jetzt eben besprochenen Gegenstand fließen die Quellen des österreichischen Rechtes über den Inhalt der väterlichen Vormundschaft.

Auch hier werden wir einen Rückblick auf die Entwickelung des deutschen Rechtes werfen; erst dann, wenn diese Darstellung beendet ist, können wir uns auf Grund des gewonnenen Materiales dem österreichischen Rechte zuwenden.

1. Nach gemeinem deutschen Rechte.

Abgesehen von dem alten deutschen Rechte, welches dem Vater vielleicht nur bei den Friesen zugestanden hat, sein Kind zu tödten, und abgesehen von dem weiteren Rechte des Vaters, im Falle er sich in Noth befand, sein Kind in die Unfreiheit zu verkaufen, hatte der Vater wie jeder andere Vormund nach älterem deutschen Rechte das Befugniß, sich des Kindes zu unterwinden und dasselbe zu züchtigen, welche Züchtigungsgewalt, weil sie aus der Vormundschaft des Vaters floß, ausdrücklich auf die Zeit der Unmündigkeit des Kindes beschränkt war, und welche sich daher ganz deutlich von dem Rechte des Vaters unterschied, Gehorsam von dem Kinde zu verlangen, den das Kind, so lange es im Hause des Vaters sich befand, daher auch nach erlangter Vogtbarkeit zu leisten schuldig war.

Auch das Recht des Vaters, Kinder, welche in ein Kloster eingetreten waren, aus demselben zurückzufordern, sowie zu ver-

[4]) Codex austr., Suppl.-Bd. IV, S. 946. Siehe auch Finsterwalder, Lib. II, Obs. CXIII, S. 585 und 586, n. 8 und 9, der, ungeachtet er des gemeinen Gewohnheitsrechtes erwähnt, daß der Hausſohn, wenn er einen besonderen Haushalt beginnt, für vogtbar gehalten wurde, unter Berufung auf die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns lib. IV, tit. 3, dieses Gewohnheitsrecht für Oesterreich ob der Enns nicht bestätigte.

langen, daß kein Kind ohne seine Einwilligung ein Eheversprechen abschließe, floß aus der väterlichen Vormundschaft, und es war daher dieses Recht bei den Söhnen jederzeit, und bei den Töchtern überall dort, wo keine Geschlechtsvormundschaft bestand, auf die ungevogten Jahre der Kinder beschränkt.

Was die Rechte betrifft, welche dem Vater nach älterem deutschem Rechte kraft seiner Vormundschaft an dem Vermögen seiner Kinder zustanden, so muß man — mit Kraut — sorgfältig jene Rechte hievon ausscheiden, welche dem Vater an dem Vermögen seiner Kinder zustanden, so lange sie überhaupt in seinem Hause waren, und ebenso die ferneren Rechte, welche er, ohne Rücksicht auf einen gemeinschaftlichen Haushalt, an dem noch unabgetheilten Vermögen seiner Kinder hatte.

Es leidet nun nach Kraut keinen Zweifel, daß nach älterem deutschem Rechte der Vater auch das privative Vermögen seiner Kinder während der Minderjährigkeit derselben zu verwalten und zu benützen berechtigt war; und daß dieses Recht des Vaters seinen Grund in dem Mundium desselben hatte, ergibt sich daraus, daß er dieses Vermögen der Kinder bei deren Absonderung immer in dem Bestande, wie er es erhalten hatte, herausgeben, und im Falle er zur zweiten Ehe schritt, den Verwandten des Mündels hiefür Sicherstellung leisten mußte.

Aus dem eben Angeführten ergibt sich auch, daß ein Vater nicht anders als ein anderer Vormund zur Veräußerung des Vermögens des Mündels berechtigt war.

Zweifellos hatte dagegen der Vater schon nach älterem Rechte ein Nießbrauchsrecht an dem Vermögen seiner Kinder und zog die Früchte aus demselben nicht für seine Kinder, sondern für sich selbst, wogegen er freilich verbunden war, die Erziehungskosten der Kinder zu bestreiten; dieses Recht des Vaters entsprach überhaupt dem älteren deutschen Rechte, nach welchem die Vormundschaft zumeist eine tutela usufructuaria war, und war auch in den Rechtsquellen gegründet, in denen immer nur von einer Rückgabe des Gutes, welches der Vater empfangen hatte, niemals aber von einer Erstattung der Früchte die Rede war.

Die Handlungsfähigkeit der Kinder, welche unter väterlicher Vormundschaft standen, wurde nach deutschem Rechte ebenso wie die der anderen Unvogtbaren beurtheilt[1]).

Nach der Reception des römischen Rechtes waren keineswegs alle Bestimmungen desselben über die patria potestas recipirt worden; vielmehr hatte die Anschauung von einer herrschaftlichen Gewalt, welche auch schon im Justinianischen Rechte bedeutend gemildert worden war, in Deutschland keinen Eingang gefunden.

---

[1]) Kraut S. 602—618.

Was die Rechte des Vaters über die Personen der Kinder betrifft, so waren die interdicta de liberis exhibendis et ducendis, keineswegs aber die nach römischem Rechte statthafte rei vindicatio, recipirt worden; ebenso das dem Vater nach römischem Rechte eingeräumte mäßige Züchtigungsrecht.

Die ferneren Bestimmungen des römischen Rechtes, daß ein Vater die dem Kinde deferirte und von diesem ausgeschlagene Erbschaft für sich antreten durfte, daß er das Recht hatte, dem Kinde im Testamente einen Vormund zu bestimmen, und daß er dem Kinde für den Fall, als es in der Unmündigkeit versterben würde, einen Erben ernennen und denselben pupilliariter substituiren konnte, fanden, nach Kraut's Zeugnisse, in Deutschland ebenfalls Eingang, und so haben wir nur noch zu betrachten, inwieferne der dem Vater nach römischem Rechte an allem nicht zum peculium castrense vel quasi castrense gehörigen Vermögen des Kindes zustehende Fruchtgenuß ebenfalls in Deutschland recipirt wurde.

In dieser Beziehung ist nun aber zu bemerken, daß sich die Bestimmungen des römischen Rechtes von selbst an die analogen Rechtssätze des deutschen Rechtes anschlossen, und daß dieses Nießbrauchsrecht gemeines Recht in Deutschland geworden war, welches sogar mehrfach entgegenstehende particuläre Statuten in den Hintergrund gedrängt hat, bis schließlich die neueren deutschen Gesetzgebungen aus dem Ende des vorigen und aus diesem Jahrhunderte den Vater vielfach wieder auf das Verwaltungsrecht beschränkten und ihm den Nießbrauch überall nur als einen Ersatz der Alimente der Kinder gestatteten.

Die Handlungsfähigkeit der Kinder, welche unter väterlicher Vormundschaft standen, wurde schließlich auch nach neuem deutschem Rechte ganz ebenso wie die Handlungsfähigkeit der übrigen unvogtbaren Personen behandelt, und so war schon nach gemeinem deutschem Rechte der Inhalt der väterlichen Vormundschaft dem der gewöhnlichen Altersvormundschaft wesentlich genähert, beziehungsweise in den meisten Beziehungen gleichgestellt worden [2]).

2. Nach österreichischem Rechte.

Die österreichischen Rechtsquellen unserer Periode bis herab zum Josefinischen Gesetzbuche enthalten nahezu gar keine Bestimmungen über die Erziehungs- und Strafgewalt, welche dem Vater kraft seiner vormundschaftlichen Gewalt zugestanden hätte; doch darf mit Sicherheit angenommen werden, daß dem Vater nach österreichischem Rechte in dieser Beziehung mindestens die gleichen Rechte wie nach dem gleichzeitigen Rechte Deutschlands eingeräumt waren.

---

[2]) Kraut, S. 619—630.

Von den Schriftstellern unserer Periode bemerkte Weingärtler: quod hodie saltem ad patriam potestatem pertineat decens emendatio et potestas corrigendi, und erklärte ferner, daß si ab alio filius invitus detinetur, pater eum petere et vindicare potest, interdicto de liberis exhibendis[1]); Finsterwalder definirte das paternum officium dahin, daß die Kinder nicht blos ernährt und erzogen, sondern auch unterrichtet und die Sünde zu meiden gelehrt werden[2]); und nur Vossius — ausführlicher und unterrichteter wie die anderen Schriftsteller — traf das Wesen der Sache, indem er schrieb: „Vindicare liberos possunt parentes; non autem observata formula actionis, illius romanae ex jure et dominio quiritario sed ut personas suae curae concreditas; quo circa hoc jus non solum parentibus sed iis etiam tribuitur, qui illorum loco sunt, puta tutoribus[3]).

Das Josefinische Gesetzbuch war somit die erste Rechtsquelle, welche sich mit der Erziehungsgewalt des Vaters, mit seiner Pflicht, für das Wohl der Kinder zu sorgen und mit den daraus abgeleiteten Rechten eingehend beschäftigte.

Nach diesem Gesetze stand es zunächst dem Vater zu, seine Kinder gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten, auch für die ihnen zugefügten Unbilden Genugthuung zu fordern; er hatte das „Recht", seinen Kindern in den wichtigen Angelegenheiten ihres Lebens zu rathen, sie zu leiten und durch vernünftige Vorstellungen zu bestimmen[4]), wogegen die Kinder dem Vater Ehrerbietung, Gehorsam und eine vollkommene Unterwerfung in seinen Willen schuldig waren, insoferne seine Befehle nicht gegen die Gesetze und die guten Sitten liefen[5]).

Es stand dem Vater ferner zu, die (minderjährigen) Kinder durch mäßige Züchtigung zu bessern, die flüchtig gewordenen überall zu ergreifen und die ihm von Anderen vorenthaltenen zurückzufordern[6]).

Bei dieser dem Vater eingeräumten Gewalt hatte derselbe doch kein Recht über Freiheit, Ehre und den guten Namen der Kinder, und ebenso durfte die zugestandene Züchtigung nicht zum Nachtheile des Leibes und der Gesundheit gemißbraucht werden[7]).

Was die besonderen Rechte des Vaters in Absicht auf die Eheschließung der Kinder und auf den Eintritt derselben in ein

---

[1]) Weingärtler, S. 8.
[2]) Finsterwalder, Lib. II, Obs. CXIX, n. 47, S. 643.
[3]) Vossius, S. 67.
[4]) Josefinisches Gesetzbuch, IV. Hauptstück, §. 18.
[5]) Ebenda, §. 20.
[6]) Ebenda, §. 18.
[7]) Ebenda, §. 19.

Kloster betrifft, so haben wir dieselben schon oben bei der Altersvormundschaft dargestellt und können uns in dieser Beziehung einfach auf das diesfalls oben Gesagte beziehen; hier sei nur noch bemerkt, daß im Josefinischen Gesetzbuche dem Vater ausdrücklich verboten worden war, dem Kinde bei der Wahl eines Ehegatten durch Drohungen und Gewaltthaten Zwang anzuthun; wider einen solchen Zwang sollte nicht nur das Kind berechtigt sein, Schutz zu suchen, sondern auch Jeder, dem die Ausübung eines solchen Zwanges bekannt wurde, konnte den Richter um Leistung dieses Schutzes angehen; der Richter sollte in einem solchen Falle sogleich durch freimüthige Aussage des Kindes oder durch andere dienliche Mittel die Wahrheit zu erheben bedacht sein, nach entdecktem Zwange aber das Kind wider alle Gewaltthaten des Vaters in Sicherheit setzen[8]).

Daß Väter, Großväter und Urgroßväter ihren Söhnen, Enkeln und Urenkeln testamentarisch Vormünder ernennen konnten, haben wir schon oben gesehen.

Noch sind die Wirkungen der väterlichen Gewalt, welche ursprünglich aus dem römischen Rechte stammten, in Deutschland aber gemeines Recht geworden waren, und zwar: 1. das Recht des Vaters, eine seinem Kinde deferirte, von diesem aber ausgeschlagene Erbschaft anzutreten; 2. das Recht, dem Kinde einen Pupillarsubstituten zu ernennen, und 3. endlich das Recht des Nießbrauchs an den bonis adventitiis der Kinder — besonders zu berühren.

In allen drei Punkten hat Oesterreich bedeutende particularrechtliche Abweichungen nachzuweisen.

Ad 1. Darüber, ob ein Vater die seinem Kinde deferirte Erbschaft, welche dasselbe ausgeschlagen hatte, für sich antreten konnte, haben wir im österreichischen Rechte nicht Eine Stelle finden können; doch ist zweifellos diese Frage nach österreichischem Rechte zu verneinen, weil wir ja später sehen werden, daß die ganze privatrechtliche Abhängigkeit der Hauskinder des römischen Rechtes in Niederösterreich niemals recipirt worden ist.

Ad 2. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob auch das Recht des Vaters, eine Pupillarsubstitution anzuordnen, sich in Oesterreich durch die ganze Zeit erhalten habe. Zwar scheint es, daß ursprünglich das römische Recht in dieser Beziehung recipirt und angewendet werden wollte; seitdem aber der Grundsatz durchgriff, „daß nach österreichischem Rechte die Mutter und alle Ascendenten pupillariter substituiren durften," verwischte sich die Eigenthümlichkeit der römischen Pupillarsubstitution umsomehr, als man den Müttern ebenso wie den anderen

[8]) Josefinisches Gesetzbuch, IV. Hauptstück, §. 18.

Ascendenten nur zugestehen wollte, rücksichtlich des von ihnen „hinterlassenen Vermögens" eine Pupillarsubstitution anzuordnen. Daß man damit das Wesen einer Pupillarsubstitution aufgegeben hatte, ist klar, weshalb, als man das Recht des Vaters in dieser Beziehung in gleicher Weise beschränken wollte, von einer wahren Pupillarsubstitution im Sinne des römischen Rechtes bei uns nicht mehr die Rede sein konnte[9]).

---

[9]) Bei der geringen Verbreitung der österr. Rechtsquellen möge die nachfolgende Darstellung des Gegenstandes in der Anmerkung entschuldigt werden. Suttinger schrieb unter dem Schlagworte „Substitutio: An mater filiis pupillariter substituere possit?" wie folgt: „De Jure Communi indubitatum est, quod materfamilias pupillariter substituere non possit ex eo, quod filios in potestate non habet . . . . ." „Vom Landsbrauch aber zu reden (sagt Schwartzenthaller in Auctuario Judiciarii Processus de probatione Consuetudinis Nr. 9) ist gleichwohl wahr, daß etliche Tausend Testamenta von denen Obrigkeiten Hoch und Niedrigen, in welchen Matres testatrices ihren Kindern pupillariter substituirt (haben), bey Krafft und Würkung verblieben seynd; gleichwohl auch vor Gericht etliche Weibliche Testamenta vorkommen, darinnen die Kinder denen Müttern (?) pupillariter substituirt; aber daß jemals in contradictorio Judicio pro vel contra hujusmodi substitutionis wäre judicirt worden, weiß ich mich einer Verabschiedung nicht zu erinnern. Wiewohl er (Schwartzenthaller) der Meinung ist, wenn man fürbrächte, es wäre notorium, daß mit Fürbringung, Publicirung, Protokollirung, Vergreiff- und Exequirung dergleichen unzehliche Testamente accedente frequentia actuum et temporis diuturnitate ein Landtsbrauch — welcher tacito consensu populi vel majoris partis approbirt — genugsam inducirt und probirt werden, obgleich kein Erkenntniß, daß dergleichen substitutio judicialiter zu Kräfften gesprochen, fürgebracht, daß nichtsdestoweniger accedentibus caeteris adminiculis ersterzählter Massen die Prob des Landtsbrauches für kräfftig zu achten und zu erkennen seye — haec Schwartzenthaller in possessorio — ist, meiner Zeit diese Frag in terminis zwischen Herrn Hannß Christoph Weiß von Wirting und Herrn Georg Dietmayr Schiffers-Freiherrn, Herrn Gerhaben ventilirt und in Lands-Rechten pro substitutione den 4ten Martii 1643 also gesprochen worden: die Herrn Beklagten bleiben der Zeit bey ihren habenden Posseß billich, da aber der Kläger das in actis einkommene Testament oder die darinn begriffene Substitution zu impugniren vermeynet, stehet ihm solches der Ordnung nach in petitorio zu thun bevor. — Ueber diesen Bescheid ist zwar von dem Kläger appellirt, die Sachen aber unerwartet der Declaration in Güte verglichen worden." — Schwartzenthaller's Werk, auf welches Suttinger sich hier berufen hat, scheint nicht gedruckt worden zu sein . . . Ob die niederösterreichische Landtsordnung, III. Buch, 26. Titel: „Von der Puppillarsubstitution, und von den Affter-Erbschafften, welche den unvogtbaren Kindern beschehen", Fol. 237, — die Pupillarsubstitution auch den Müttern zugestanden habe, läßt sich aus dem Contexte nicht bestimmt entnehmen, indem dieses Rechtsbuch zwar Anfangs nur vom Vater sprach, in der Folge aber dann doch bemerkte, „daß die Substitution allein zwischen aignen Kindern statthaben, und daß ein fremder Geschefftiger pupillariter nicht substituiren könne".

Die oberösterreichische Landtsordnung — IV. Theil, 15. Titel: „Von Nachgesetzten oder substituirten Erben", S. 650 — wollte zwar scheinbar den Müttern und den weiteren Ascendenten das Recht ertheilen, pupillariter zu substituiren, allein thatsächlich hatte sie gar nicht mehr die Pupillar-, sondern blos die fideicommissarische Substitution vor Augen, indem sie bemerkte: „Ob auch

Ad 3. Die wichtigste Frage ist aber, ob denn auch in Oesterreich dem Vater an dem eigenen Vermögen seiner Kinder ein Nutznießungsrecht zugestanden habe?

Diese Frage steht mit der anderen in innigem Zusammenhange, ob der Vater in Ansehung des Vermögens seiner Kinder rechnungspflichtig war und inwieweit ihm ein Veräußerungsrecht zustand.

Die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 hatten allerdings bestimmt, daß ein Vater das mütterliche Vermögen seines Sohnes oder seiner Tochter bis an sein Ende herauszugeben nicht schuldig und desselben Früchte zu genießen berechtigt war, wenn Sohn oder Tochter eine widerwärtige und unehrliche Ehe geschlossen hatten; allein aus dieser Stelle kann zwar allerdings geschlossen werden, daß Sohn und Tochter auf Abtheilung des

wohl in Rechten den Müttern und Ahnfrauen dergleichen Afftersatzungen ihren Khindern und Enenkeln im Testament nit zugelassen, sintemahl Sy Ihre Khinder und Enenkehl nit in Ihrer Gewalt haben, Jedoch weil es in diesem Landt bißhero ohne Unterscheidt auch den Müettern, Anfrauen und Uranfrauen dergestalt zugeben worden, daß Sy nit weniger als die Vätter, Anherrn und Uranherrn ihren Unvogtbahren Khindern, biß zu Ihren Vogtbahren Jahren in denen, so sie Ihnen im Testament verschafft und weither nicht auch substituiren und nacherben setzen mögen, welche Substitution gleicher Gestalt wie vorgesetzt mit Erlangter Vogtbarkeit wieder erlischt und sich endet, so solle es auch hinfüro darbey verbleiben und gelassen werden." — Auf gleiche Weise war in dieser Landtsordnung die Quasi-Pupillarsubstitution behandelt worden.

Es ist ganz klar, daß die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns nur mehr eine einfache fideicommissarische Substitution vor Augen hatte, da ja ein Nacherbe für das anderwärts herrührende Vermögen des Pupillen nicht gesetzt werden durfte. (Vergl. Weingärtler S. 125.)

Vossius — der sonst immer so genau ist — verwechselte ebenfalls die Pupillar- und die fideicommissarische Substitution, beziehungsweise er leugnete, daß die Pupillarsubstitution noch wirksam sei. Vossius schrieb zunächst auf S. 67: „Demum substituere pupillariter non solum parentibus sed cuique testatori in rebus a se relictis usitatum est." Wenn Vossius an dieser Stelle blos die fideicommissarische mit der Pupillarsubstitution verwechselt hatte, so ging er auf S. 231 weiter und schrieb: „Pupillarem substitutionem non ut effectum patriae potestatis sed potius liberae rerum suarum dispositionis a nobis considerari, jam diximus. Ex eo porro sequitur, patrem filio exheredato rite non substituere, neque instituto in bonis a se non profectis. Pater enim ratione bonorum adventitiorum filii pro tutore, filius autem pro homine sui juris habetur. — Consideratur itaque a nobis substitutio pupillaris tamquam fideicommissum." — Donner II, S. 91, will zwar abermals nur den Eltern das Recht der Pupillarsubstitution wahren, allein er scheint ebenfalls nur eine fideicommissarische Substitution und nicht mehr die eigentliche Pupillarsubstitution vor Augen gehabt zu haben, welche in ihrer specifisch römischen Form thatsächlich aus dem österr. Rechte nach und nach verschwunden war. — Maria Theresia's Gesetz über Majorennitätsjahre-Bestimmung vom 12. April 1753 hatte die Jahre, bis zu welchen die Pupillarsubstitution währt, für das männliche Geschlecht auf 20 und für das weibliche Geschlecht auf 18 Jahre festgesetzt, dagegen gar nichts über den Inhalt dieses Rechtsinstitutes angeordnet.

mütterlichen Vermögens regelmäßig zu dringen berechtigt waren und nur in dem speciellen Falle dieses Rechtes verlustig wurden; dagegen ist die Frage gar nicht beantwortet, ob dem Vater während der Vogtbarkeit der Kinder die Nutznießung ihres Vermögens zugestanden habe [10]).

Walther sprach sich dagegen in Ansehung des Rechtes der zwei oberen Stände bestimmt aus und stellte das Fruchtgenußrecht des Vaters in Abrede. „Die geschriebenen Rechte vermögen — so schrieb Walther [11]) — daß der Vatter seiner Kinder Mütterliches Erb-Gut nach Absterben der Mutter, so lang er im Leben ist, zu nutzen und genieſſen hat, aber dem Landts-Brauch nach haben solche geschriebene Rechte nicht statt, sondern der Vatter ist schuldig, von Stund an nach Absterben der Mutter seinen Kindern ihr Mütterliches Erbtheil zuzustellen und folgen zu lassen, und mag also der Vatter an solchen Gütern keine Frucht-Nieſſung dem Lands-Brauch nach haben."

Man würde indessen wohl zu weit gehen, wollte man aus dem Umstande, daß dem Vater die Nutznießung des Vermögens seiner Kinder abgesprochen wurde, schließen, daß er die Nutzungen und Einkünfte dieses Vermögens während der Minderjährigkeit der Kinder jedesmal, gleich anderen Vormündern, hätte verrechnen müssen; es scheint im Gegentheile den Vätern nach dem Rechte des 16. und 17. Jahrhunderts allerdings nicht ein Fruchtnießungs-, wohl aber das Recht einer rechnungsfreien Verwaltung des Vermögens ihrer Kinder zugestanden zu haben.

Diese Behauptung wird in erster Linie schon durch die Polizeiordnung des Jahres 1552 [12]) bestätigt.

Die Polizeiordnung bestimmte nämlich, daß der Vater als Gerhab „zu khainer andern Raittung des entgang oder nießung halber verbunden sein solle, als allein, das Er von stund an in einnemung solcher Guetter dieselben unverdächtlich durch Commissa-

---

[10]) Cod. austr. II, S. 488.

[11]) Walther, Tract. IV, Cap. V: „Wann eine Frau mit Todt abgehet, und ihr Gut ihren Kindern verläßt, ob der Hauswirth oder der Vatter die Frucht-Nießung davon habe?" S. 975; vollkommen übereinstimmend hiemit ist die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, III. Buch, 8. Titel, Fol. 296.

[12]) Polizeiordnung, Fol. XXIIv.; die Landtsordnung Oesterreichs ob der Enns, II. Theil, 48. Titel, S. 582, enthält über diesen Punkt eingehende Bestimmungen; nach denselben sollten die Bestimmungen der Polizeiordnung des Jahres 1552 nur in Ansehung der oberen Stände, der „Landleuthe", gelten; dagegen in Städten und Märkten, in denen der Vater erst besonders zum Gerhaben gesetzt werden mußte, stand dem Vater an dem mütterlichen Vermögen seiner Kinder bis zu deren Vogtbarkeit ein Nutznießungsrecht gegen Kindeszucht und Versicherung zu und stand es in dem Ermessen der Obrigkeit, zu bestimmen, ob den Vätern das gleiche Recht auch in Ansehung des den Kindern andersher angefallenen Vermögens eingeräumt werden solle.

rien inventiren und beschreiben lasse, und solches bey den Raithandlern in das Gerhabpuch bringe, damit solchen Kindern das Aigenthumb wesenlich ungeschmellert pleibe", durch welche Bestimmung denn ausdrücklich eine rechnungsfreie Verwaltung des Kindervermögens dem Vater eingeräumt worden war, welche sich während der Unvogtbarkeit der Kinder praktisch von einer Nutznießung hauptsächlich dadurch unterschied, daß der Vater wegen übler Verwaltung des Kindergutes entfernt werden konnte, in welchem Falle er natürlich gar keine Nutzungen dieses Vermögens mehr bezog.

Die Gerhabschaftsordnung vom 18. Februar 1669 verfügte in gleicher Weise, „daß auch der leibliche Vatter das Mütterliche Gut ordentlich inventiren lassen müsse, damit er solchem Inventario nach das Eigenthumb ungeschmälert seinen Kindern zur gebührenden Zeit abtreten könne" [13] — und traf die gleiche Bestimmung auch in Ansehung der den Kindern anderwärts zugefallenen Verlassenschaften [14]; auch die österreichischen Schriftsteller des 17. Jahrhunderts stimmten darin überein, daß den Vätern zwar nicht der Fruchtgenuß, wohl aber das Recht der rechnungsfreien Verwaltung an dem Vermögen ihrer Kinder zugestanden habe [15].

Das 18. Jahrhundert hatte nicht blos die Gewalt der Obervormundschaft recht wesentlich gesteigert, sondern auch die väterliche Gewalt der gewöhnlichen Altersvormundschaft immer mehr genähert, und war sichtlich bemüht, die Eigenthümlichkeiten, welche der väterlichen Vormundschaft noch anhafteten, womöglich abzustreifen.

Wenn nun auch freilich weder die Pupillen-Raitkammer-Reformation noch die Landmarschallische Gerhabschaftsordnung so weit gegangen waren, auch den Vätern die Rechnungslegung in Ansehung des mütterlichen Vermögens aufzuerlegen, so war dennoch, namentlich in dem ersten Gesetze, schon davon die Rede, daß die Gerhabschaft des Vaters der gewöhnlichen Gerhabschaft gleichgesetzt werde; die Landtafelpatente für Oesterreich ob und unter der Enns hatten es aber schon dem Gerichte zur Pflicht gemacht, die Sperre von der mütterlichen Verlassenschaft nicht eher zu entfernen, bis nicht das Kind wegen des mütterlichen Vermögens auf die väterlichen Güter versichert sei, ungeachtet in der Ger-

---

[13] Gerhabschaftsordnung, III. Titel, §. 7.

[14] Ebenda, VIII. Titel, §. 5.

[15] Weingärtler, S. 9, der sich blos auf Walther beruft. — Finsterwalder, Lib. IV., Obs. II, S. 17, n. 9, der indessen bezeugt, daß in Oesterreich ob der Enns der Vater vielfach den Fruchtgenuß solange bezog, als er die Kinder in seinem Brod und Unterhaltung hatte; und Beckmann unter dem Schlagworte „Vatter", S. 519.

habschaftsordnung von einer Sicherstellung des Vermögens durch den dasselbe verwaltenden Vater keine Rede war.

Es ist demnach auch sehr erklärlich, wenn Vossius behauptete, daß zu seiner Zeit den Eltern (und somit auch dem Vater) nicht mehr das Recht zustehe, die bona adventitia ihrer Kinder ohne Cautionsleistung und ohne Rechnungslegung zu verwalten [16]). Am Lande bei der Unterthanen Kinder scheint sich freilich, nach Grenek's Zeugnisse, noch im 18. Jahrhunderte ein Nutznießungsrecht des Vaters erhalten zu haben [17]).

Die Josefinische Gesetzgebung vollendete nur die bereits begonnene Gleichstellung der Vermögensverwaltung des Vaters mit der einer gewöhnlichen Altersvormundschaft durch die Bestimmung, daß kein Vater sich die Verwaltung des kindlichen Vermögens anmaßen dürfe, bevor ihm die Güter nicht gerichtlich eingeantwortet worden seien; woferne es nöthig war, mußte vor dieser Einantwortung das Vermögen gerichtlich beschrieben oder doch dessen Beschaffenheit, Werth und Erträgniß zur Sicherheit des Kindes angemerkt werden [18]).

Es war weiter ausdrücklich ausgesprochen worden, daß der Vater die Nutznießung des kindlichen Vermögens nicht habe, sondern daß er dasselbe wie ein anderer Vormund zu versichern und darüber jährlich Rechnung zu legen schuldig sei; würden die Einkünfte mehr betragen, als der Unterhalt dieses Kindes es erforderte, so war es damit wie mit den Ersparnissen anderer Minderjähriger zu halten [19]). —

Was zum Schlusse die Veräußerung des Vermögens der Kinder betrifft, so wollen wir vor Allem der Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns erwähnen, laut welcher die Väter — „wenn sie zu Gerhaben der ihren Eheleiblichen Kindern frey eigenthümlichen Haab und Gütter verordnet worden waren" —. diese Güter ihrer Kinder ohne Vorwissen der nächsten Befreundten und Bewilligung des Gerichtes nicht verkaufen durften" [20]).

Durch die Bestimmungen der Polizeiordnung und der Gerhabschaftsordnung, wonach die Väter die Güter ihrer Kinder wesentlich ungeschmälert nach dem Inventarium wieder abtreten mußten, war wohl von selbst ausgesprochen worden, daß die Väter dies Vermögen ihrer Kinder selbstständig zu veräußern nicht be-

---

[16]) Vossius, S. 68.

[17]) Grenek S. 273, wonach der Vater bei den Unterthanen die Nutznießung des dem Sohne oder der Tochter durch Schenkung oder Testament zugefallenen Vermögens bis zu der Vogtbarkeit, die Mutter aber beim Sohne bis auf das vollführte 20., bei Mädchen bis auf das 18. Jahr hatte.

[18]) Josefinisches Gesetzbuch, IV. Hauptstück, §§. 22 und 23.

[19]) Ebenda, §. 24.

[20]) Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, II. Theil, I. Titel, „Von Kauffen und Verkauffen", Fol. 101.

rechtigt waren; daß aber solche Veräußerungen mit Zustimmung der Gerichte erfolgen konnten, ist zwar nicht insbesondere ausgesprochen worden, versteht sich aber wohl von selbst.

Daß nach dem Josefinischen Gesetzbuche der Vater das Vermögen seiner Kinder nicht veräußern konnte, war schließlich die bloße Consequenz dessen, daß ja der Vater in Absicht auf die Verwaltung des Vermögens seiner Kinder in diesem Gesetze jedem anderen Vormunde gleichgestellt worden war.

V. Capitel.

Andere aus der väterlichen Gewalt fließende Wirkungen.

Kraut hat — wie bereits früher erwähnt — treffend darauf hingewiesen, daß der Inbegriff der aus der Vaterschaft fließenden Rechte keineswegs durch die dem Vater über seine Kinder zustehende Vormundschaft erschöpft werde; selbst nach neuem Justinianischen Rechte äußerte die väterliche Gewalt noch mehrere andere Wirkungen, welche sich aus der daselbst schon vorgebildeten väterlichen Vormundschaft nicht erklären lassen.

Zu diesen Rechtswirkungen zählt Kraut: 1. die sogenannte Personeneinheit der Neuern, das heißt den Rechtssatz, daß in allen das Vermögen betreffenden Geschäften und Rechtsverhältnissen der Vater und die seiner Gewalt unterworfenen Personen für Eine Person galten; 2. daß, während andere Erben die Erbschaft erst antreten mußten, die Kinder, welche unter der väterlichen Gewalt des Erblassers bis zu dessen Tode gestanden hatten, dessen Erbschaft ipso jure erwarben; 3. daß Kinder auch mit Einwilligung des Vaters, außer über ihr peculium castrense, ein Testament nicht machen konnten; 4. daß der Sohn nicht Testamentszeuge sein konnte beim Testamente seines Vaters und seines unter derselben väterlichen Gewalt befindlichen Bruders; und 5. endlich, daß, wenn der Sohn während der Dauer der väterlichen Gewalt ohne Einwilligung des Vaters ein Gelddarlehen aufgenommen hatte, er auch noch nach Beendigung derselben sich gegen den dasselbe zurückfordernden Gläubiger mit der exceptio senatusconsulti Macedoniani schützen konnte [1]).

Es erscheint sehr wichtig auch für das österreichische Recht, zu untersuchen, ob die väterliche Gewalt nach Reception des römischen Rechtes die gleichen Rechtswirkungen geäußert habe, weil eben diese Untersuchung am meisten geeignet ist, das Wesen der väterlichen Gewalt nach dem Rechte unseres Heimatlandes

[1]) Kraut II, S. 630—631.

in das hellste Licht zu setzen und zu zeigen, ob und inwieweit die Reception des römischen Rechtes im Kampfe mit dem überlieferten Landtsbrauche durchgedrungen oder unterlegen sei.

Ad 1. Was den ersten und wichtigsten Punkt, die sogenannte Personeneinheit der Neuern, betrifft, so spricht sich Kraut unumwunden dafür aus, daß die weitgehenden Wirkungen der römischen Familiengewalt, seiner Meinung nach, in Deutschland gemeines Recht nicht geworden sind, wiewohl er ebenfalls zugibt, daß diese Frage in Deutschland zu den bestrittenen gehört hatte und stets sehr controvers war.

Kraut's Gründe wurzeln im Wesentlichen darin, daß dieser Satz des alten römischen Rechtes mit der Familienabhängigkeit der Hauskinder im innigsten Zusammenhange gestanden war und schon im Justinianischen Rechte durch die Creirung der Vermögensmassen des peculium adventitium, castrense und quasi castrense seine eigentliche Basis verloren hatte, daß sich derselbe aber mit der deutschen Rechtsansicht niemals vertragen habe; den einzelnen Particularrechten, welche diesen Satz anerkannten, konnte man stets Particularrechte entgegenstellen, welche ihn nicht anerkannten, und wesentlich zeigte sich in Deutschland stets bei der Abtheilung des nicht abgesonderten Vermögens, bei Einkindschaften und bei Abtretung des Hauses und Hofes an die Kinder das starke Bedürfniß nach der Giltigkeit der Contracte zwischen Vater und Kindern, weßwegen allein schon die sogenannte Personeneinheit der Neuern gemeines Recht in Deutschland nicht werden konnte; aus demselben Grunde lehrt denn auch Kraut die Unanwendbarkeit der römischen Peculienlehre und der damit zusammenhängenden actio de peculio und actio tributoria.

Das Particularrecht Niederösterreichs zählte jedenfalls zu jenen Particularrechten, in welchen die „Personeneinheit der Neuern" stets lebhaft bestritten wurde, und welches sich von jeher zu der Ansicht neigte, daß Kinder vollkommen für sich erwerben können und keineswegs einen Erwerb ipso jure für den Vater vermitteln.

Die entscheidendsten Stellen finden sich in dieser Beziehung schon in der Landtsordnung des Jahres 1573.

So schrieb dieses Rechtsbuch zuerst, „daß, wiewohl die geschriebenen Rechte ordnen, daß alle Kinder, welche Ihre eltern noch im leben haben und under derselben gewaltsamb sein, allein in etlichen besonderen Fällen — als um Injuri, Gewalt, vertrauttes und außgeliehenes gelts und sonsten insgemein nit clagen mögen, es doch wie bishero gehalten, da keinem Kindt, welches nunmehr verehlicht oder seine Vogtbahren Jahre ..... erreicht, verbotten sein solle, umb alle fürfallende notturfften, sowohl (die

[2]) Kraut II, S. 633—642.

Eltern) als andere zu clagen, und daß, ungeacht das seine eltern leben und patria potestas noch unerloschen, dennoch die exceptio patriae potestatis wieder die Vogtbarn und verheurateten dem Landtsbrauch nach nit statthaben solle“ [3]).

An einer anderen Stelle desselben Rechtsbuches wurde abermals ausgesprochen, „daß die Kinder vermög geschriebenen Rechten wider Ihre eltern allein in etlichen besonderen Fällen clagen mögen, daß aber dem bisher erhaltenen Landtsbrauch nach das clagen insgemein (doch mit Bescheidenhait und verbis civilibus) unbenommen sein solle“ [4]).

An einer dritten Stelle wurde hervorgehoben, „daß die Kinder und Leibs-Erben, so Ihre Vogtbaren Jahre erreicht, under Ihrer eltern gewaltsamb nit mehr sein, und Ihren Eltern, deßgleichen die Eltern Ihren vogtbaren Kinder gelt leihen mögen“ [5]).

Weiter war bestimmt worden, „daß die Väter für ihre Kinder wohl Bürgen werden mochten und ebenso die vogtbaren Kinder für ihre Eltern“; [6]) endlich war ausdrücklich von dem „frei eigenthümlichen Haab und Gut der vogtbaren Kinder“ gesprochen worden, so daß nicht etwa ein bloßes peculium, sondern im Gegentheil ein selbstständiges Eigenthumsrecht der Kinder deutlich anerkannt war [7]).

Da endlich die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, ebenso wie Walther, klar aussprachen, daß Kinder bei Lebzeiten vom Vater abgetheilt werden konnten und sollten, und daß sie durch Erbschaften sowohl ihrer Mütter als auch anderer Personen volles Eigenthumsrecht für sich erwarben, so muß mit aller Bestimmtheit behauptet werden, daß schon nach dem Zeugnisse der Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns von einer sogenannten Personeneinheit der Neuern im österreichischen Rechte des 16. Jahrhunderts nicht die Rede war.

Es kann freilich nicht geleugnet werden, daß die Lehre von den Peculien in die österreichische Literatur des 17. Jahrhunderts und in die Judicate Eingang gefunden hat, und daß namentlich bei den Schriftstellern des 17. Jahrhunderts vielfach die Ansicht verbreitet war, als bestehe die Personeneinheit des Justinianischen Rechtes auch noch in Niederösterreich [8]).

---

[3]) Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, I. Bch., XII. Titel, Fol. 24v.

[4]) Ebenda, Fol. 24v.

[5]) Ebenda, III. Bch., VIII. Titel, Fol. 133v.

[6]) Ebenda, II. Bch., XVII. Titel, Fol. 158.

[7]) Ebenda, II. Bch., I. Titel, Fol. 101.

[8]) Die sogenannte Personeneinheit der Neueren findet sich zunächst ausdrücklich anerkannt in einer Entscheidung, welche Suttinger unter dem Schlagworte „Donatio Parentis inter liberos“ S. 139 bringt, und welche am 11. Jänner 1638 erflossen ist: „Krafft der wissentlichen Rechte seynd die

Allein ungeachtet das theoretische Festhalten an den Principien des römischen Rechtes manche Schriftsteller bisweilen vermocht hatte, auch diese weiteren Consequenzen zu ziehen, kann denn doch mit aller Bestimmtheit behauptet werden, daß auch im 17. Jahrhunderte „die Personeneinheit der Neuern" in Oesterreich niemals durchgreifende Geltung erlangt hat. Vollends diente aber die Rechtsentwickelung des 18. Jahrhunderts dazu, um auch alle Ueberreste dieser alten Anschauung zu zerstören und die Gesetze und Verordnungen, welche diesfalls erschienen sind, als: „der Satz des Erbrechts außer Testament", „die Landtafel- und Fürmerkungspatente", „die Gesetze über Minorennenschulden-Einschränkung und über „Majorennitätsjahre-Bestimmung" — gingen übereinstimmend von der Anschauung aus, daß die unter des Vaters Gewalt stehenden Kinder von dem Moment ihrer Geburt vollkommen erwerbsfähig sind in dem umfassendsten Sinne des Wortes.

Von Vossius haben wir schon berichtet, daß er allen Wirkungen des Verhältnisses zwischen Vater und Kinder, welche lediglich aus dem quiritischen Rechte stammen, die Geltung in Oesterreich abgesprochen hat, und in gleicher Weise hat Banniza die vermögensrechtliche Selbstständigkeit der Hauskinder behauptet, zu welcher Auffassung sich dieser Schriftsteller nach seiner germanischen Richtung von selbst gedrängt fand.

Das Josefinische Gesetzbuch hat daher in diesem Punkte lediglich das Gewohnheitsrecht Niederösterreichs mit Gesetzeskraft ausgerüstet, und so können wir sagen, daß ebenso wie in den meisten Gegenden Deutschlands auch in Niederösterreich die sogenannte „Personeneinheit der Neuern" niemals Eingang gefunden hat.

Ad 2. Kraut bezeugt in Uebereinstimmung mit der herrschende Doctrin, daß in Deutschland der Satz des römischen Rechtes recipirt worden sei, daß Hauskinder die Erbschaft ihres

---

Donationes wie auch alle anderen Contractus und Obligationen, quas parentes inter Liberos, cujuscunque sexus in potestate constitutos, conservant nicht gültig." Außerdem steht Weingärtler ganz entschieden auf Seite des römischen Rechtes, z. B. S. 8: „Secundus et verus effectus patriae potestatis quod inter patrem et filium nulla potest esse lis"; ferner S. 107: „Acquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per alios nempe per liberos nostros, sive Servos." — Unklar ist in dieser Beziehung Finsterwalder, der von diesem Gegenstande namentlich im IV. Buch, Obs. II: „Bona Profectitia, Adventitia, Castrensia vel quasi Castrensia, quae dicuntur?" handelt, und der die Peculienlehre aufrechterhalten wollte, ungeachtet bei ihm das Peculium profectitium alle Bedeutung verloren hate und er das peculium adventitium als wahres Eigenthum des Sohnes ansieht, rücksichtlich dessen dem Sohne sogar das Recht zukommt, ein Testament zu machen. Lib. II, Obs. CXIX; n. 47, S. 643.

Auch Beckmann ist mit der Anwendbarkeit der Peculienlehre im österreichischen Rechte nicht ganz im Klaren.

Kloſter betrifft, ſo haben wir dieſelben ſchon oben bei der Altersvormundſchaft dargeſtellt und können uns in dieſer Beziehung einfach auf das diesfalls oben Geſagte beziehen; hier ſei nur noch bemerkt, daß im Joſefiniſchen Geſetzbuche dem Vater ausdrücklich verboten worden war, dem Kinde bei der Wahl eines Ehegatten durch Drohungen und Gewaltthaten Zwang anzuthun; wider einen ſolchen Zwang ſollte nicht nur das Kind berechtigt ſein, Schutz zu ſuchen, ſondern auch Jeder, dem die Ausübung eines ſolchen Zwanges bekannt wurde, konnte den Richter um Leiſtung dieſes Schutzes angehen; der Richter ſollte in einem ſolchen Falle ſogleich durch freimüthige Ausſage des Kindes oder durch andere dienliche Mittel die Wahrheit zu erheben bedacht ſein, nach entdecktem Zwange aber das Kind wider alle Gewaltthaten des Vaters in Sicherheit ſetzen[8]).

Daß Väter, Großväter und Urgroßväter ihren Söhnen, Enkeln und Urenkeln teſtamentariſch Vormünder ernennen konnten, haben wir ſchon oben geſehen.

Noch ſind die Wirkungen der väterlichen Gewalt, welche urſprünglich aus dem römiſchen Rechte ſtammten, in Deutſchland aber gemeines Recht geworden waren, und zwar: 1. das Recht des Vaters, eine ſeinem Kinde deferirte, von dieſem aber ausgeſchlagene Erbſchaft anzutreten; 2. das Recht, dem Kinde einen Pupillarſubſtituten zu ernennen, und 3. endlich das Recht des Nießbrauchs an den bonis adventitiis der Kinder — beſonders zu berühren.

In allen drei Punkten hat Oeſterreich bedeutende particularrechtliche Abweichungen nachzuweiſen.

Ad 1. Darüber, ob ein Vater die ſeinem Kinde deferirte Erbſchaft, welche dasſelbe ausgeſchlagen hatte, für ſich antreten konnte, haben wir im öſterreichiſchen Rechte nicht Eine Stelle finden können; doch iſt zweifellos dieſe Frage nach öſterreichiſchem Rechte zu verneinen, weil wir ja ſpäter ſehen werden, daß die ganze privatrechtliche Abhängigkeit der Hauskinder des römiſchen Rechtes in Niederöſterreich niemals recipirt worden iſt.

Ad 2. Schwieriger iſt die Frage zu beantworten, ob auch das Recht des Vaters, eine Pupillarſubſtitution anzuordnen, ſich in Oeſterreich durch die ganze Zeit erhalten habe. Zwar ſcheint es, daß urſprünglich das römiſche Recht in dieſer Beziehung recipirt und angewendet werden wollte; ſeitdem aber der Grundſatz durchgriff, „daß nach öſterreichiſchem Rechte die Mutter und alle Aſcendenten pupillariter ſubſtituiren durften," verwiſchte ſich die Eigenthümlichkeit der römiſchen Pupillarſubſtitution umſomehr, als man den Müttern ebenſo wie den anderen

[8]) Joſefiniſches Geſetzbuch, IV. Hauptſtück, §. 18.

Ascendenten nur zugestehen wollte, rücksichtlich des von ihnen „hinterlassenen Vermögens“ eine Pupillarsubstitution anzuordnen. Daß man damit das Wesen einer Pupillarsubstitution aufgegeben hatte, ist klar, weshalb, als man das Recht des Vaters in dieser Beziehung in gleicher Weise beschränken wollte, von einer wahren Pupillarsubstitution im Sinne des römischen Rechtes bei uns nicht mehr die Rede sein konnte[9]).

---

[9]) Bei der geringen Verbreitung der österr. Rechtsquellen möge die nachfolgende Darstellung des Gegenstandes in der Anmerkung entschuldigt werden. Suttinger schrieb unter dem Schlagworte „Substitutio: An mater filiis pupillariter substituere possit?“ wie folgt: „De Jure Communi indubitatum est, quod materfamilias pupillariter substituere non possit ex eo, quod filios in potestate non habet . . . . .“ „Vom Landsbrauch aber zu reden (sagt Schwartzenthaller in Auctuario Judiciarii Processus de probatione Consuetudinis Nr. 9) ist gleichwohl wahr, daß etliche Tausend Testamenta von denen Obrigkeiten Hoch und Niedrigen, in welchen Matres testatrices ihren Kindern pupillariter subsituirt (haben), bey Krafft und Würkung verblieben seynd; gleichwohl auch vor Gericht etliche Weibliche Testamenta vorkommen, darinnen die Kinder denen Müttern (?) pupillariter substituirt; aber daß jemals in contradictorio Judicio pro vel contra hujusmodi substitutionis wäre judicirt worden, weiß ich mich einer Verabschiedung nicht zu erinnern. Wiewohl er (Schwartzenthaller) der Meinung ist, wenn man fürbrächte, es wäre notorium, daß mit Fürbringung, Publicirung, Protokollirung, Vergreiff- und Exequirung dergleichen unzehliche Testamente accedente frequentia actuum et temporis diuturnitate ein Landtsbrauch — welcher tacito consensu populi vel majoris partis approbirt — genugsam inducirt und probirt werden, obgleich kein Erkenntniß, daß dergleichen substitutio judicialiter zu Kräfften gesprochen, fürgebracht, daß nichtsdestoweniger accedentibus caeteris adminiculis ersterzählter Massen die Prob des Landtsbrauches für kräfftig zu achten und zu erkennen seye — haec Schwartzenthaller in possessorio — ist, meiner Zeit diese Frag in terminis zwischen Herrn Hannß Christoph Weiß von Wirting und Herrn Georg Dietmayr Schiffers-Freiherrn, Herrn Gerhaben ventilirt und in Lands-Rechten pro substitutione den 4ten Martii 1643 also gesprochen worden: die Herrn Beklagten bleiben der Zeit bey ihren habenden Poseß billich, da aber der Kläger das in actis einkommene Testament oder die darinn begriffene Substitution zu impugniren vermeynet, stehet ihm solches der Ordnung nach in petitorio zu thun bevor. — Ueber diesen Bescheid ist zwar von dem Kläger appellirt, die Sachen aber unerwartet der Declaration in Güte verglichen worden.“ — Schwartzenthaller's Werk, auf welches Suttinger sich hier berufen hat, scheint nicht gedruckt worden zu sein . . . Ob die niederösterreichische Landtsordnung, III. Buch, 26. Titel: „Von der Puppillarsubstitution, und von den Affter-Erbschafften, welche den unvogtbaren Kindern beschehen“, Fol. 237, — die Pupillarsubstitution auch den Müttern zugestanden habe, läßt sich aus dem Contexte nicht bestimmt entnehmen, indem dieses Rechtsbuch zwar Anfangs nur vom Vater sprach, in der Folge aber dann doch bemerkte, „daß die Substitution allein zwischen aignen Kindern statthaben, und daß ein fremder Geschefftiger pupillariter nicht substituiren könne“.

Die oberösterreichische Landtsordnung — IV. Theil, 15. Titel: „Von Nachgesetzten oder substituirten Erben“, S. 650 — wollte zwar scheinbar den Müttern und den weiteren Ascendenten das Recht ertheilen, pupillariter zu substituiren, allein thatsächlich hatte sie gar nicht mehr die Pupillar-, sondern blos die fideicommissarische Substitution vor Augen, indem sie bemerkte: „Ob auch

Ad 4. Nach gemeinem Rechte war es angenommen, daß auch Hausſöhne weder beim Teſtamente ihres Vaters, noch ihrer unter derſelben väterlichen Gewalt ſtehenden Brüder, Zeugen ſein konnten, und war dieſer Umſtand abermals ein Ausfluß jener Familiengewalt, welche über die Dauer der Minderjährigkeit hinaus währte.

Auch das öſterreichiſche Recht anerkannte, daß der Sohn nicht Teſtamentszeuge des Vaters ſein könne, und fügte aber noch hinzu, daß dies auch umgekehrt gelte und der Vater zum Solemnitätszeugniſſe in Anſehung des von ſeinem Sohne errichteten Teſtamentes nicht zugelaſſen werden dürfe.

Es ſcheint aber dieſe relative Unfähigkeit des Vaters und Sohnes zum Solemnitätszeugniſſe nach öſterreichiſchem Rechte lediglich ihren Grund in der Verdächtigkeit und Bedenklichkeit dieſer dem Erblaſſer ſo naheſtehenden Perſonen gehabt zu haben[14]).

---

ohne weiterem über ihr eigenes Vermögen teſtiren." — Die angeführten Belegſtellen werden hinreichen, um die bewußte Entgegenſetzung des Landesbrauches Niederöſterreichs gegen das gemeine Recht ſicher zu beweiſen; auch ergibt ſich aus dieſen Stellen das hohe Alter dieſes Gewohnheitsrechtes.

[14]) Walther, Tract. II, Cap. VIII: „Welche Perſonen in Teſtamenten als Zeugen nicht mögen zugelaſſen werden", S. 950, gedachte dieſer Frage noch gar nicht; dagegen ſchrieb ſchon die Landtsordnung Oeſterreichs unter der Enns, III. Buch, 5. Titel: „Von Teſtamentari-Zeugen, Siglern und Fertigern des letzten Willens", Fol. 215v. „Der Sohn kann ſeines Vaters Teſtament-Zeuge unnd Fertiger nit ſein; deßgleichen der Vatter des Sohnes; zur fertigung aber aines frembden Teſtamentes mögen Sie nebeneinander gebraucht werden". — Die Landtsordnung Oeſterreichs ob der Enns, IV. Theil, 11. Titel: „Waß für Perſohnen in Teſtamenten zu Zeugen zuläſſig oder nit ſeyn", S. 638, ſprach noch deutlicher, daß gar nahe Verwandte, „Ehegemahel, Khinder, Eltern, Geſchwiſtriget, und welche von Blutsfreundſchafften wegen in Andern Fällen zu Zeugen Unzuläſſig ſind, nicht Teſtamentszeugen ſein können."

Aus dieſem Satze ergab es ſich mit Beſtimmtheit, daß nur das mangelnde Vertrauen in dieſe Zeugen ſie zum Solemnitätszeugniſſe untüchtig machte.

Von den Schriftſtellern ſind zu erwähnen: Weingärtler S. 112, welcher ganz auf dem Standpunkte des römiſchen Rechtes ſtehen geblieben iſt und die Unfähigkeit des Vaters und Sohnes zum Zeugniſſe lediglich durch Berufung auf die Stellen des römiſchen Rechtes behauptet; Boſſius, welcher S. 256 ſchreibt: „Testes non idonei iidem habentur qui jure romano"; und Donner, welcher aber nur mehr der Unfähigkeit der Unvogtbaren gedenkt und vorausſchickt, daß jeder Zeuge ſein könne, dem die Zeugenſchaft nicht ausdrücklich verboten worden ſei.

Reutter, Finſterwalder und Beckmann enthalten über dieſen Punkt nichts Nennenswerthes; auch war es ziemlich begreiflich, daß die Literatur hierüber ſich nicht beſonders verbreitete, weil die Unfähigkeit der Väter und Söhne zu dieſen Teſtamentszeugniſſen feſtſtand, und der Grund, aus welchem dieſe Unfähigkeit abgeleitet wurde, relativ gleichgiltig war.

Hiezu kam noch, daß die Fähigkeit zum gerichtlichen Zeugniſſe von der Fähigkeit zum Solemnitätszeugniſſe wohl nicht jederzeit ordentlich unter-

Ad 5. Was endlich den fünften Punkt betrifft, so bezeugt zwar Kraut, daß es controvers war, ob das Senatusconsultum Macedonianum gemeinrechtlich dahin anwendbar war, daß, wenn der Sohn während der Dauer der väterlichen Gewalt ohne Einwilligung des Vaters ein Gelddarlehen aufgenommen hatte, er auch nach Aufhebung der väterlichen Gewalt sich gegen den das Darlehen zurückfordernden Gläubiger mit der exceptio Senatusconsulti Macedoniani schützen konnte.

Kraut behauptet aber dennoch die volle Anwendbarkeit dieser Senatusconsultus auf diesen Fall nach dem gemeinen Rechte Deutschlands, indem er sich hiebei auf das Zeugniß der Praktiker beruft.

Nach österreichischem Rechte kann es auch hier nicht zweifelhaft sein, daß diese Bestimmung des römischen Rechtes nicht recipirt worden ist.

So schrieb schon die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns[15]), daß, „obwohl die geschriebenen Rechte vermögen, das nit allein die Eltern, sondern auch die Kinder selbs derley schulden, so sie in Ihren Unvogtbaren Jahren unter der Eltern gewaltsamb annehmen, zu bezahlen nit schuldig seien, angesehen, daß sie dardurch in ihren volkombenen Jharen zu allerley leichtfertigkait und verschwendung geursacht werden, jedoch weil die Darlehen nach Landtgebrauch getreulich und one gevar beschehen, wir für billich halten, daß solche schulden durch die Vogtbaren Kinder als die Principale selbst bezahlt werden sollen".

Am 18. Juli 1589 erschien dann das Gesetz über das Senatusconsultum Macedonium[16]); nach diesem Gesetze war aber überall nicht mehr von Hauskindern, welche unter väterlicher Gewalt standen, sondern blos von Unvogtbaren überhaupt die Rede, sei es, daß sie sich unter der Gewalt des Vaters befanden, oder daß sie einen gewöhnlichen Altersvormund hatten.

Dadurch war die Frage, dem römischen Rechte gegenüber, auf eine ganz andere Stelle gedrängt worden; denn daß ein vogtbares Kind, wenn auch sein Vater am Leben war, nach österreichischem Rechte giltig Darlehen aufnehmen konnte, stand nach demjenigen, was wir bisher schon über die väterliche Gewalt gesagt haben, in Oesterreich unter der Enns zweifellos fest.

Von einer exceptio Senatusconsulti Macedoniani in dem

schieden worden ist, so daß die allerdings anerkannte Verwerflichkeit der Eltern und Kinder zum gerichtlichen Zeugnisse es überflüssig machte, diesen Umstand in Ansehung des Solemnitätszeugnisses bei Testamenten nochmals besonders hervorzuheben.

[15]) Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns, II. Buch, 11. Titel: „Von den von Unvogtbaren Kindern gemachten Schulden und dem Macedonischen Rechte", Fol. 142v.

[16]) Cod. austr. II, S. 297.

obgedachten Sinne konnte gar keine Rede sein, und daß andererseits ein Minderjähriger giltig ein Darlehen nicht abschließen konnte, war, nach österreichischem Vormundschaftsrechte unserer Periode, eine entschiedene Sache.

Mit diesen Bemerkungen können wir die Lehre von der väterlichen Gewalt nach österreichischem Rechte schließen.

So lückenhaft das Materiale auch ist, welches uns die heimischen Rechtsquellen in dieser Beziehung boten, so glauben wir denn doch den Beweis geführt zu haben, daß das Particularrecht Niederösterreichs die privatrechtliche Abhängigkeit der filiusfamilias aus dem römischen Rechte auch in solchen Beziehungen niemals recipirt hatte, in welchen das gemeine Recht Deutschlands sich nach dem römischen Rechte gerichtet hatte.

In der That läßt sich für die letzten Jahrhunderte behaupten, daß das Verhältniß des Vaters zu seinen Kindern nahezu ausschließlich als Mundium aufgefaßt wurde, und daß Vossius' Behauptung: Fuit igitur patria potestas id fere quod tutela Romanorum, für das Recht Niederösterreichs in dieser Zeit stets gegolten hat.

VII. Hauptstück.

Geschlechtsvormundschaft über unverehelichte Weiber.

Unter Geschlechtsvormundschaft versteht man die Vormundschaft über solche Frauenspersonen, welche nicht mehr unter Altersvormundschaft oder in väterlicher Gewalt stehen. Die Geschlechtsvormundschaft ist nach deutschem Rechte verschieden gewesen, je nachdem sie verheiratete oder unverheiratete Frauenspersonen betroffen hat; wir werden uns zunächst an die Geschlechtsvormundschaft über unverehelichte Frauen halten und erst im letzten Hauptstücke auf die Vormundschaft des Ehegatten über seine Frau übergehen.

So verbreitet die Geschlechtsvormundschaft in Deutschland zu alten Zeiten immerhin auch gewesen sein mag, so verlor sie sich — nach den von Kraut angeführten Zeugnissen — in manchen Theilen Deutschlands schon sehr früh; namentlich scheint sie in den Gegenden des fränkischen und baierischen Rechtes schon im Mittelalter gänzlich verschwunden gewesen zu sein, wenn sie daselbst überhaupt jemals bestanden hatte. Aber auch in jenen Gegenden, wo sich dieses Rechtsinstitut über das Mittelalter hinaus erhalten hatte und in die neue und nahezu neueste Zeit hinüberragte, hatte es doch schon so vielfache Milderungen erfahren, daß selbst die Rechtsquellen der mittleren Zeit nur Spuren des ursprünglichen Institutes überliefern konnten.

Es war ja der Grund der ursprünglichen Geschlechtsvormundschaft weggefallen, welchen das alte Recht in der Wehrlosigkeit der Frauen gefunden hatte, und wenn später dieses Rechtsinstitut damit begründet werden wollte, daß die Schwäche und Beweglichkeit des weiblichen Gemüthes einen männlichen Beistand bei wichtigen Rechtsgeschäften erfordere, so war es ganz natürlich, daß mit der Veränderung der dem Institute zu Grunde liegenden Idee auch die Folgen, welche sich aus dieser Idee ergaben, sich erheblich ändern mußten.

Wo immer sich in Deutschland eine Geschlechtsvormundschaft über das Mittelalter hinaus erhalten hatte, da äußerte dieselbe bei unverheirateten Weibern ihre Wirkung dahin, daß dieselben bei wichtigen Rechtsgeschäften — welcher Begriff indessen

in der Anwendung sehr verschieden gefaßt worden war — an die Einwilligung eines männlichen Beistands — des Vormundes — dergestalt gebunden waren, daß Rechtsgeschäfte, welche ohne diese Einwilligung geschlossen wurden, nicht giltig waren.

Die Geschlechtsvormundschaft wurzelte — soweit es deren Delation bei unverheirateten Weibern betraf — niemals in dem Gesetze; unverheiratete Frauen durften sich den Vormund im neueren Rechte stets wählen, und zwar konnte dieser Vormund entweder für alle vorkommenden Angelegenheiten oder blos für ein einzelnes Rechtsgeschäft gewählt werden; aber hierin lag eben stets die Schwäche der Geschlechtsvormundschaft im neuen Rechte, weil ja ein jedes Frauenzimmer auch für ein noch so bedenkliches und gewagtes Geschäft immer leicht einen Mann finden konnte, der die Rolle des Geschlechtsvormundes willig übernahm und dadurch den Zweck des Rechtsinstitutes vereiteln half.

Was die Rechtsgeschäfte betrifft, zu welchen ein Geschlechtsvormund überall dort, wo sich dieses Institut erhalten hatte, beigezogen werden mußte, so fand in diesem Punkte eine große Verschiedenheit statt; regelmäßig zählten aber zu diesen Rechtsgeschäften sämmtliche processuale Handlungen — wenige wichtige und dringende Fälle abgerechnet —, bei welchen die Frauen nicht ohne Geschlechtsvormund erscheinen durften.

In gleicher Weise wurde die Beiziehung eines Geschlechtsvormundes regelmäßig bei allen nichtstreitigen gerichtlichen und bei jenen außergerichtlichen Rechtsgeschäften unter Lebenden gefordert, welche die Veräußerung unbeweglicher Sachen zum Gegenstande hatten; was endlich die Rechtsgeschäfte auf den Todesfall betraf, so fanden sich in den verschiedenen Gegenden und Rechtsbüchern die entgegengesetztesten Grundsätze vertreten.

In einigen Gegenden Deutschlands wurde nach dem Eindringen des römischen Rechtes das Senatusconsultum Vellejanum und die damit im Zusammenhange stehenden Vorschriften nicht nur recipirt, sondern auch in Verbindung mit der erhaltenen Geschlechtsvormundschaft gebracht.

Eine Vermögensverwaltung hatte der Geschlechtsvormund nicht, und in seinem Verhältnisse zu der unter seiner Vormundschaft stehenden Frau wurde seine Thätigkeit im einzelnen Falle blos als Rath betrachtet; eine eigenthümliche Beendigungsart der Geschlechtsvormundschaft lag in der Aufkündigung, welche sowohl von der Frau als auch vom Vormunde ausgehen konnte, und welche sich enge an die Entstehungsart dieser Vormundschaft durch Wahl und Annahme der Wahl anschloß.

Da aber die Geschlechtsvormundschaft über unverheiratete Weiber überhaupt bis zu deren Tode währte, so ist es klar, daß die Aufkündigung die Geschlechtsvormundschaft nur in der Person

des bisherigen Geschlechtsvormundes und nicht diese gänzlich beendigen konnte [1]).

Auch Niederösterreich gehört zu jenen deutschen Ländern, in denen die Geschlechtsvormundschaft über unverheiratete Weiber — wenn sie daselbst überhaupt bestanden hat — am Ende des Mittelalters keine Spuren zurückgelassen hatte [2]).

Der Beweis dieser Behauptung wird zunächst schon dadurch geliefert, daß keine einzige Rechtsquelle des 16. und 17. Jahrhunderts eine Beziehung auf eine Geschlechtsvormundschaft enthielt, und daß die Literatur dieser Zeit auch nicht mit einem Worte dieses Rechtsinstitutes nur gedachte.

Vor Allem muß schon darauf Gewicht gelegt werden, daß das Vormundschaftsrecht Niederösterreichs in unserer Periode dreimal, in den Jahren 1552, 1669 und 1786, codificirt worden war, und daß keines dieser Gesetze eine Bestimmung über die Geschlechtsvormundschaft enthielt.

Diese Thatsache ist um so erheblicher, als die sämmtlichen vorgenannten Gesetze bestrebt waren, das Vormundschaftsrecht wenigstens so weit zu erschöpfen, daß denn doch alle Fälle der Bevormundung angedeutet werden sollten; es fanden sich daher in diesen drei Codificationen nicht blos die Bestimmungen über Altersvormundschaft, sondern in gleicher Weise über die cura furiosi et debilium personarum, über die cura prodigi, ventris et bonorum, absentis und über die väterliche Vormundschaft vor, und wenn nach dem mehr minder umfassenden Plane dieser Gesetze über Geschlechtsvormundschaft sich in denselben nicht eine Andeutung erhalten hatte, so ist dies schon an und für sich ein dem Beweise naheſtehendes Indicium, daß dieser weitere Fall der Vormundschaft dem Rechte Niederösterreichs vollkommen fremd war.

Noch mehr wird unsere Behauptung aber bewiesen durch

---

[1]) Kraut II, S. 266—328.

[2]) Eine einzige Stelle aus Suttinger's Consuetudines scheint auf den ersten Anblick einer entgegengesetzten Anschauung einen Eingang eröffnen zu können. Suttinger bringt nämlich unter dem Schlagworte „Heyrath" eine Entscheidung vom 28. Juli 1540, welche den Satz ausspricht: „Heyrath wider Wissen und Willen der Eltern, Gerhaben, oder deren, so Weibs-Bilder in Gewalt haben, seynd straffmässig, doch bleibt eine solche Ehe giltig." Daß aber unter jenen Personen, welche außerhalb der Eltern und Gerhaben Weibsbilder in Gewalt haben, nicht eine Geschlechtsvormundschaft verstanden werden könne, ist schon an und für sich klar, weil von einer „Gewalt" des Geschlechtsvormundes ja nicht die Rede sein konnte. Im speciellen Falle bezog sich aber dieser Ausdruck auf den Bürgermeister, Richter und Rath der Stadt Oedenburg, ohne deren Wissen und Willen die Jungfrau geheiratet hatte, und allerdings konnte von den Obrigkeiten der Städte und den Grundobrigkeiten in einem gewissen Sinne gesagt werden, daß sie „Weibsbilder" in Gewalt haben, wenn es sich, wie offenbar im vorliegenden Falle, um die Ehe eines unvogtbaren Frauenzimmers gehandelt hatte.

die Art und Weise, in welcher sämmtliche Rechtsquellen über die Vogtbarkeit, Mündigkeit und Volljährigkeit redeten; die zahlreichen Stellen, welche wir bei der Lehre von den Altersterminen ausführlich bezogen haben, sprechen ja davon, daß die Vogtbarkeit bei Männern mit 22, bei Frauen mit 20, und später bei beiden Geschlechtern die Volljährigkeit mit 24 Jahre eintrete; sie machten keinerlei Unterschied zwischen dem einen und dem anderen Geschlechte; die Begriffe der Vogtbarkeit und Volljährigkeit waren in jedem Falle dieselben, und auch von verschiedenen Wirkungen, welche das eine oder andere Geschlecht betroffen hätten, war nicht die Rede.

Wollte man aber auch diesen klaren Indicien nicht vollkommen trauen und meinen, daß in einzelnen Anordnungen sich Spuren der Geschlechtsvormundschaft denn doch erhalten haben könnten, wenn auch die Verblassung und Verwischung des ursprünglichen Rechtsinstitutes dazu geführt hätte, von einer Geschlechtsvormundschaft im Ganzen und Großen nicht mehr zu reden und dieselbe unter diesem Namen nicht mehr zu kennen, so sind wir abermals in der Lage, den Beweis der von uns an die Spitze gestellten Behauptungen auch in den Details durchzuführen.

Was namentlich die processualen Handlungen betrifft, bei denen an solchen Orten, wo sich das Rechtsinstitut erhalten hatte, die Beiziehung eines Geschlechtsvormundes ausnahmslos vorgeschrieben war, so finden wir geradezu im Gegentheile schon in der Landtsordnung des Jahres 1573 ausgesprochen, daß, „wenn ein Weibsbild 20 Jahre alt sei oder sich vor diesem Alter in den Ehestand begeben hätte, es von der Stunde an für vogtbar gehalten und klagsfähig sein sollte“ [3]).

Um statt aller anderen Processualisten Oesterreichs zwei der wichtigsten, Schwartzenthaller und Suttinger, hervorzuheben, so hatte Ersterer, der schon im 16. Jahrhunderte schrieb, die sogenannte „legitima persona standi in judicio" sehr eingehend behandelt und ausdrücklich der Einwendungen gedacht, welche gegen die „legitima persona" des Proceßgegners erhoben werden konnten; nun sprach Schwartzenthaller ganz deutlich davon, daß diese Einwendung dann statthabe, wenn Unmündige oder Minderjährige und Hauskinder ohne Zustimmung ihrer Vormünder, Curatoren und Väter geklagt hatten; davon aber, daß dieselbe Einwendung einem vogtbaren Frauenzimmer gemacht werden könne, wenn sie ohne Beistand klagend aufgetreten war, war nicht die Rede, so daß sich hier an der entscheidendsten Stelle eine Spur einer Geschlechtsvormundschaft nicht vorfand [4]).

[3]) Landtsordnung Oesterreich unter der Enns I. Buch, XII Titel, Fol. 24.

[4]) Schwartzenthaller: „Tractatus judiciarii ordinis", S. 129 N. 9.

Aber auch der spätere Suttinger, dessen „Practicae Observationes" vielleicht als das Hauptwerk über den österreichischen Proceß des 17. Jahrhunderts angesehen werden können, bemerkte, als er die Erfordernisse der Klagen genau aufzählte, lediglich, „daß von einem Minderjährigen bei Gericht weder Red noch Antwort angenommen werde", ohne in Ansehung von Frauenspersonen, welche die Jahre der Vogtbarkeit erreicht hatten, noch der Nothwendigkeit eines Vormundes zu gedenken[5]), und diese Zeugnisse setzen uns in die Lage, mit Bestimmtheit auszusprechen, daß in Niederösterreich durch die ganze von uns betrachtete Periode hindurch vogtbare Frauenzimmer in gleicher Weise wie vogtbare Männer vor Gericht handelnd auftreten durften.

Wenn ein Geschlechtsvormund nicht einmal bei processualen Handlungen interveniren mußte, so versteht es sich wohl von selbst, daß derselbe umsoweniger bei nichtstreitigen gerichtlichen Agenden und bei außergerichtlichen Rechtsgeschäften unter Lebenden vorkommen konnte.

Ueberdies besitzen wir in dieser Beziehung sogar ausdrückliche Zeugnisse in der österreichischen Literatur; Finsterwalder, der das Senatusconsultum Vellejanum und dessen praktische Gestaltung im österreichischen Rechte besonders ausführlich behandelt hatte, begründete seine Behauptung, daß dieses Senatusconsultum und die Authentica „Si qua mulier" auf Rechtsgeschäfte bestimmter Gattung keine Anwendung fanden, mit folgenden Worten: „Quodsi vero contractus non ex mutuo, sed ex empto, vel aliquo alio titulo, quo mulier proprio nomine contraxit, descendit, tunc neque renuntiatio neque certioratio est necessaria; cum mulier suo nomine contrahens non minus, quam vir efficaciter obligatur"[6]), und in Uebereinstimmung mit diesem schlagenden Zeugnisse lehrten sowohl Beckmann[7]) als Weingärtler[8]), wie auch Vossius[9]) und Donner[10]), daß Frauen regelmäßig in gleicher Weise wie Männer Rechtsgeschäfte abschließen konnten, ohne hiebei eines Rechtes oder einer Bevormundung zu bedürfen.

Von der Eheschließung haben wir schon oben gezeigt, daß sie vogtbaren Frauen ebenso frei gestattet war, wie den Männern, ja daß nach österreichischem Rechte, nachdem der Landesbrauch, der sich noch im 16. Jahrhunderte erhalten hatte, überwunden

---

[5]) Suttinger: „Observationes practicae" Obs. X, S. 29.
[6]) Finsterwalder Lib. IV Obs. 26, S. 167.
[7]) Beckmann unter dem Schlagworte: „Senatus-Consultum Vellejanum", S. 436.
[8]) Weingärtler, S. 180—183.
[9]) Vossius, S. 214.
[10]) Donner II, S. 138.

worden war, selbst noch unvogtbare Frauenzimmer, wenn sie nur das durch das canonische Recht bestimmte Alter erreicht hatten, sich giltig ohne Wissen und selbst gegen den Willen der Eltern und Gerhaben verehelichen konnten.

Wenn wir schließlich auf die Rechtsgeschäfte auf den Todesfall übergehen, so können wir abermals auf Dasjenige verweisen, was wir über die Testamentsmündigkeit nach österreichischem Rechte beigebracht haben; wir haben namentlich aus diesem Anlasse nachgewiesen, daß die Wiener Freiheiten vom 12. März 1526 die Testamentsmündigkeit bei Männern auf das vollendete 20., und bei Frauen auf das vollendete 18. Lebensjahr festgesetzt, aber auch bestimmt hatten, daß, wenn Jünglinge oder Jungfrauen sich zu dieser Zeit noch in Händen der Gerhaben befunden haben, sie das Testament mit Willen der Gerhaben errichten mußten; wir haben ferner darauf hingewiesen, daß der Landtsbrauch nicht nur — nach Walther's Zeugnisse — die Testamentsmündigkeit bei beiden Geschlechtern auf 18 Jahre bestimmt, sondern auch — nach der Versicherung Reutter's — das Erforderniß der Einwilligung oder Zustimmung der Eltern oder Gerhaben selbst noch minderjähriger Erblasser abgestreift hatte; endlich konnten wir auf das Gesetz Maria Thresia's über Majorennitätsjahre-Bestimmung vom 12. April 1753 hinweisen, durch welches das Alter der Testamentsmündigkeit abermals für das männliche Geschlecht mit dem vollendeten 20., und für das weibliche Geschlecht mit dem vollendeten 18. Lebensjahre festgesetzt wurde, und es verdient die vollste Beachtung, daß in keinem einzigen späteren Gesetze und in keiner Rechtsgewohnheit die Giltigkeit der Testamente altersmündiger Frauenspersonen an eine Genehmhaltung oder an die Zuziehung eines Gerhaben geknüpft worden war.

Wenn wir auf Grund der erwähnten Quellenzeugnisse von Neuem auf den Satz zurückkommen, daß Niederösterreich — mindestens am Ende des Mittelalters — keine Spur einer Geschlechtsvormundschaft enthalten hatte, so fürchten wir auch nicht die Einwendung, daß die Rechtsquellen und die Literatur des 16. und 17. Jahrhunderts nirgends expressis verbis aussprachen, daß eine Geschlechtsvormundschaft in Oesterreich nicht bestehe und nicht bestanden habe.

Denn es muß in erster Linie bemerkt werden, daß ein gänzliches Stillschweigen der sämmtlichen Rechtsquellen über ein Rechtsinstitut an und für sich schon ein Zeugniß dafür ist, daß dasselbe dem Rechtssysteme des betreffenden Landes zur bestimmten Zeit vollkommen fremd sei; andererseits kann aber auch ein Stillschweigen der Schriftsteller über diesen Punkt in keiner Weise befremden, wenn man eben den Zustand der juristischen Literatur Oesterreichs in's Auge faßt.

Nicht nur, daß ein großer Theil der Schriftsteller sich auf die Bedürfnisse der Praxis beschränkte und daher sich nicht veranlaßt fand, erst die Frage zu erörtern, ob und warum ein particular-deutsches Rechtsinstitut in Oesterreich nicht Eingang gefunden habe, sondern es reichten auch die Kenntnisse der meisten Schriftsteller nicht hin, um sich mit dieser Frage eingehend zu befassen.

Die Kenntnisse der meisten Schriftsteller beschränkten sich auf neues römisches Recht und auf den österreichischen Landtsbrauch, und da eben in diesen beiden Quellen ihrer Kenntnisse von der Geschlechtsvormundschaft nichts enthalten war, ergab es sich auch wohl von selbst, daß ihre Schriften von diesem Rechtsinstitute nicht einmal den Namen überlieferten.

Zum Glücke besitzen wir aber an Banniza einen Gewährsmann, welcher, der Einzige unter den österreichischen Schriftstellern, sich die Vergleichung des österreichischen mit dem böhmischen, mährischen, ungarischen und tirolischen Vormundschaftsrechte zum Ziele gesetzt hatte, und der auf die Geschlechtsvormundschaft deshalb zu sprechen kommen mußte, weil er sie noch in Ungarn ebenso wie in Tirol vorgefunden hatte.

Banniza zählt nun sicher zu den gelehrtesten Schriftstellern Oesterreichs, welcher nicht blos das gemeine deutsche Recht studirt hatte, sondern der seine Kraft einsetzte, das germanische Rechtselement des Vormundschaftswesens in sämmtlichen österreichischen Erblanden nachzuweisen.

Wenn nun Banniza — dem die deutschen Particularrechte, namentlich jene Hamburgs und Lübecks, in dieser Materie nicht fremd waren — zugesteht, daß die Geschlechtsvormundschaft meist in Deutschland verschwunden war und unter den österreichischen Erblanden nur Ungarn und Tirol zu nennen weiß, in welchen sich diese Rechtsinstitution erhalten hatte, so mangelt es uns auch an einem trefflichen Gewährsmann nicht mehr, mit dessen Ausspruche wir unsere eigene Ueberzeugung stützen können [11]).

[11]) Banniza, S. 23, theilt die Vormundschaft in die tutela plena und in die tutela minus plena ein. „Tutelam igitur — so schrieb Banniza — secundum principia Juris germanici dividimus in plenam, quando quis ne se nec sua bona defendere potest, uti minores, et in minus plenam, quando quis se, non vero sua bona — uti absentes — aut vice versa quando quis sua bona non vero se defendere potest — uti foeminae." — Zur letzten Stelle schrieb Banniza in der Anmerkung auf S. 25: „Foeminae jure germanico sunt in perpetua tutela, seu potestate cujusdam masculi, qui illius negotia dirigat, et quidem foeminae nuptae ex legis morumque dispositione sunt in maritorum tutela, innuptae vel sunt viduae et liberos ex marito defuncto suscitatos habent, in defuncti mariti agnatorum, si vero liberos non habent in suorum agnatorum tutela existunt, vel sunt virgines parentibus orbatae, quae in sibi cognatorum tutela permanent. Atque hoc non solum antiquo et mediot obtinet sed et novo in variis provinciis viget."

Mit der Behauptung, daß das Recht Niederösterreichs eine Geschlechtsvormundschaft nicht gekannt habe, steht endlich die Thatsache keineswegs im Widerspruche, daß das Senatusconsultum Vellejanum und die Authentica „Si qua mulier" daselbst nicht blos recipirt, sondern sogar modificirt und ausgebildet wurden.

Auch in dem Erfordernisse der Certioration der Verzichte auf diese Rechtswohlthat kann man nicht einmal ein Analogon einer Geschlechtsvormundschaft erblicken, weil es sich ja lediglich um die Form eines einzelnen Rechtsgeschäftes handelte und weil die partielle Beschränkung der Handlungsfähigkeit, welche im Senatusconsultum Vellejanum gelegen war, als eine singuläre Rechtsvorschrift und keineswegs als die Manifestation eines das Recht überhaupt beherrschenden Principes erscheinen mußte [12]).

Indem Bannizа nunmehr auf das österreichische Recht übergeht, schreibt er weiter: „Sic illud statutum legimus in jure Hungarico ibi: Virgines autem et puellas quam diu viro non nupserint, semper sub alterius tutela et potestate persistere constat; nam aliter carentes tutore, ipsae ex ingenii eorum levitate facile seduci decipique constat." — Idem habetur ibi: Licet puellas etiam post tempora legitimae aetatis infra maritationis tempus sub tutela esse conveniat". — „Idem quoque dispositum vidimus in jure Tirolensi, vi cujus foeminae, sive nuptae sive innuptae sint, sub perpetua tutela vivere necesse habent ibi: „aber was sunst aine Frau inner oder außerhalb Rechtens handlet, ist sy in der Ee und thuts on Wissen, Willen und Beysein ihrs Manns, oder seines vollkommenen Procurators, oder ist sy ledig und thuts on ordentliche Anweiser, entstunde ir davon Eere oder Nutz, daß mag sy stadthalten, sunst soll es sy ganz nit binden, sondern alles uncrefftig seyn."

[12]) Eine kurze Behandlung des Senatusconsultum Vellejanum und der Authentica si qua mulier nach dem Rechte Niederösterreichs scheint sich hier von selbst anzureihen.

Walther, welcher den X. Tractat seines „Tractatus aureus" der Lehre von der Bürgschaft gewidmet hatte, sprach nur sehr kurz von dem Senatus-Consultum Vellejanum; er erzählte blos, „daß in Rechten versehen sei, wenn ein Weibs-Bild für einen Burg wird, daß solche Burgschafft nicht Krafft habe, ehender und bevor, biß sie sich der Weiblichen Freyheiten, nach genugsamer Erinnerung gänzlich begeben habe"; — dagegen läßt uns Walther noch darüber vollkommen im Dunkel, ob und inwieweit der Landesbrauch diese Bestimmung „der Rechten" recipirt habe (Tract. X, Cap. III, S. 1020).

Weitaus ausführlicher behandelte schon die Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns denselben Gegenstand, und zwar im I. Buche, 13. Titel, Fol. 32v, welches von dilatorischen und peremptorischen Einreden, — und im III. Buche, 18. Titel, Fol. 163, welches „von Velleianischen Rechten und weiblichen Freyhait" handelte." Im letztgenannten Titel hieß es: „Die Weibspersohnen sollen sich in Gemein keiner Bürgschafft ermächtigen; da sie sich aber dem Velleianischen Recht zuwider in ainiger verbindlicher Purghandlung einliessen, seindt sie in crafft obbemelter Velleianischer Freyhait von solchen ihren verbundtnißen entbrochen; doch werden etliche sondere von denen gemeinen Rechten fürgesetzte Fäll außgenomben, darinnen angeregte Weibs-Persohnen umb Ihre gelöste Purgschafften sie es halten und denselben ohn waigerung nachkomben müssen: Erstlich wenn sie um Heurait vermecht Purg werden; zum Andern, da sie solcher Purgschafft

halber gelt oder geltswert würcklich und genießlich empfangen; fürß dritt, wenn Sie sich arger mainung und damit der Gläubieger Ihrer richtigen Burgschaft halber gevert solle werden, einlieffen; zum Vierten, wenn sie ihre Fideiussion iteriren und sich zum andermahl verbinden; zum Fünften, wenn sie ihrer habenden Weiblichen Freyhaiten und der Vellejanischen Rechte certiorirt und verständigt worden, sich auch derselben außdrücklich und gutwillig begeben, zu welcher renunciation und verzicht becrefftigung ainiger aydt dem Landtsbrauch nach nit vonnöthen."

Die oberösterreichische Landesordnung behandelte denselben Gegenstand im III. Theile, 26. Titel, S. 455, welcher von den „Bürgschaften": und im 42. Titel desselben Theiles, S. 580, welcher von den „Verzichten" handelte. Namentlich die letzte Stelleist uns wichtig, weil sie die Sorgfalt zeigt, welche das Recht auf die Solennitäten der Renunciation der Weiber auf das Senatusconsultum Vellejanum legte; es wurde nämlich angeordnet, „daß der Gläubiger oder Kläger genugsam zu beweisen habe, daß die Beklagte Ihrer Freyhait und Rechten und waß Ihr und Ihren Khindern und Erben für verderblicher Schaden erwachsen könne", wenn sie auf die Rechtswohlthat verzichte, erinnert worden seyn; deßwegen sollte die Frau entweder „vor ihrer ordentlichen Obrigkeit gerichtlich oder aber durch zween ehrliche, verständige, auß Ihren negsten Blutsfreindten unnd Verwanthen oder aber in Mangel derselben durch einen Rechtsgelehrten oder zween andere Ehrlich angesessene, der Rechten oder zum Wenigsten dieser Landtsordnung wollerfahrene Manns-Personen Genugsamb unnterrichtet und erinnert seyn worden". Weiter war noch vorgeschrieben, daß die Erinnerung (Certiorirung) der Frauenspersonen auf ihre weiblichen Freiheiten in der Schuldurkunde bemerkt sein mußte und daß es am Lande bei Bauersleuten genügte, wenn eine Frau nebst ihrem Manne vor ihrer Obrigkeit um Fertigung des Schuldbriefes gebeten hatte.

Von den Gesetzen beschäftigten sich die Executionsordnung für das Landmarschallische Gericht vom 27. Juli 1655 (Cod. Austr. I, S. 299—309), und die Verordnung vom 31. Juli 1655 (Cod. Austr. I, S. 18, und II, S. 417) mit den „Weiber-Verzichten."

Die bezogene Executionsordnung verfügte nämlich (X. Titel, §. 6. Cod. Austr. I, S. 307), „daß sich auch die Weiber, wenn sie sich neben und vor ihren Ehemännern unterschreiben, ihrer in Rechten habenden Freyhaiten begeben und renunciren mögen; doch daß sie derselben vorhero durch zween Rechtsgelehrte oder sonsten der Rechten verständig Adeliche Männer und Zeugsfertiger genugsam erinnert werden, oder wo das Weib auff ihr eigenthümliches Gut wegen des Mannes Schuld einen Satz machen läßt, daß sie in eigener Person darbey erscheine".

Durch die Verordnung vom 31. Juli 1655 wurde aber allgemein und nicht blos für das privilegirte Gericht der Landleute — das Landmarschallische Gericht — angeordnet, „daß, wenn etwann die Ehefrauen neben ihren Ehemännern Obligation, Kauff-brieff oder Contract aufrichten, alle und jede Doctoren oder Rechtsgelehrten eine fleissige Achtung geben sollen, daß sie in dergleichen Fällen, wo sie zur Erinnerung des Vellejanischen Rechtes und Mitfertigung erbeten werden, sich wohl in acht nehmen, auch allen geziemenden Fleis anwenden und diß Orths mit gehöriger Vorsicht und Gewahrsamkeit verfahren, die Instrumente denen Weibs-Bildern deutlich und völlig vorlesen, sie nit allein des Vellejanischen Rechtes, sondern auf die Authenticae: si qua mulier C. ad S. Ctuum. Vell. ausführlich, klar und verständlich erinnern sollen, widrigenfalls die gebrauchte Unachtsamkeit an denen Doctorn und Rechts-Gelehrten bestraft und sie dahin angehalten werden sollen, daß sie den Schaden, in welchen sie die Parthey eingeleitet haben, wiederum erstatten.

Die Literatur des 17. Jahrhunderts beschäftigte sich sehr eingehend mit dem

Senatusconsultum Vellejanum und der Authentica si qua mulier, namentlich aber mit den Formen der „Weiber-Verzichte".

Von allen Schriftstellern des 17. Jahrhunderts ist es Finsterwalder, der sich am Eingehendsten mit der Frage beschäftigte; er behandelte nicht bloß das Senatusconsultum Vellejanum im IV. Buche, Obs. XXVI, S. 158–177, indem er alle Streitfragen erwähnte, die Formularien der Verzichtserklärungen, der sogenannten Bitt- oder Bettzetteln (durch welche die zwei Rechtsgelehrten von der Partei um die genugsame Erinnerung ersucht wurden) und der Certioration beifügte, sondern er schloß unmittelbar an die Lehre von dem Vellejanischen Senatusconsultum und den darauf bezüglichen „Verzichten" in den Observations XXVII bis XXXI, S. 178—221, die Lehre von den Verzichtleistungen auf Erbschaften, namentlich in Ansehung der Töchter des Herrn- und Ritterstandes an.

Weingärtler behandelte den Gegenstand im Titel „de Fidejussoribus" S. 180—183; Beckmann, welcher von dem Gegenstande unter dem Schlagworte „Senatus-Consultum Vellejanum" S. 436 handelte, bezeugte, daß der gleiche Gebrauch auch in Steiermark bestanden habe; und Reutter, Titel XVII, S. 15, hob es als Gegensatz gegenüber dem gemeinen Rechte hervor, daß nach österreichischem Rechte nicht drei Zeugen nothwendig sind, sondern daß, wenn das Weib schreiben könne, zwei Zeugen oder Anweiser, welche von dem Weibe durch ordentliche mit ihrer Handschrift und Pettschaft gefertigte Bettzetteln ad bune actum ersucht wurden, genug seien, und daß es nur eines dritten ehrlichen Mannes dann noch bedürfe, wenn das Weib nicht schreiben könne, damit derselbe die Obligation an ihrer Stelle unterschreibe.

Suttinger endlich, der diese Materie unter dem Schlagworte „Senatusconsultum Vellejanum: Ut valeat mulieris renunciatio Senatusconsulti Vellejani, debet esse realiter certiorata" S. 768 behandelte, hat verschiedene diesen Gegenstand betreffende Entscheidungen beigebracht, und ausdrücklich betont, daß die Erinnerung der weiblichen Freiheiten in Oesterreich unter der Enns von altersher erfordert worden sei, indem er sich diesfalls auf zwei Entscheidungen vom 5. Juni 1597, und von ultimo Jänner 1591 berief.

Da die Certiorirungen auf dem Lande großen Schwierigkeiten begegneten, weil zwei Rechtsgelehrte nicht leicht zu erhalten waren, und die in den Schuldverschreibungen enthaltenen Verzichte der Weiber, wenn sie nicht certiorirt waren, keine Giltigkeit hatten, so erließ Kaiser Josef I. am 15. October 1710 eine neue Verordnung, welche unter der Aufschrift: „Certiorirung der Weiber auf dem Lande" im Codex austriacus. Suppl.-Bd. I, S. 616 enthalten ist, eine Verordnung, auf welche die späteren Schriftsteller Bezug nahmen.

Der Tenor des Gesetzes — welchem eine Instruction beigegeben war — lautete: „Wie wir denn auch hiemit vorschreiben und gebieten, daß bei allen unsern Landsfürstlichen Städten und Märkten in Oesterreich unter und ob der Ennß, ausser der Stat Wien, in denen Fällen, allwo die Weiber neben und für ihre Ehemänner oder auch für andere Leute sich verobligieren und verschreiben wollen, solche Weiber neben einem oder zweyen darzu ersuchten beyständ vor ihrem Richter und Rath der Stadt oder Marchts persöhnlich erscheinen, vom Rath aus ihrer weiblichen Freyhaiten, des Senatusconsulti Velleiani und die Eheweiber ungleich der Authentica si qua mulier C. ad SC. Vell. umständlich und in ihrem guten Verstand, nach Inhalt des von Uns vorgeschriebenen Formularis Certiorationis erinnert und certiorirt; und nachdeme die Weiber über solche gantz deutliche Erinner- und Certiorirung ihrer erst wiederhohlten weiblichen Rechte und Freyhaiten, vor Richter und Rath sich freiwillig begeben und verziehen haben, die also beschehene umständliche

Certioration und Renunciation dem Inhalt der Obligation einverleibt, sodann neben des Beystands oder der Beyständе Nahmem in das Gerichts-Protocoll eingetragen, auch von geschworenen Stadt- oder Marktschreibern, daß solche Certioration oder Renunciation vom Richter und Rath diesem oder jenem Tage debite beschehen seye, unter die Obligation aufgeschrieben werden solle; und solle sodann eine solche von einem wohlbesetzten Magistrat beschehene Certioration und Renunciation, wo nicht gültiger, jedoch so gültig sein, als wenn sie durch zwey Privat-Doctores oder Rechts-Gelehrte geschehen wäre, auch dahero die darüber aufgerichtete Obligation aller Orten für gültig gehalten, und bei allen Gerichten darüber erkannt und gesprochen werden." Daß Kauffrauen sich auf das Senatuesonsultum Vellejanum nicht berufen durften, hatten die Inneröſterreichische Mercantil- und Wechselordnung vom 20. Mai 1722, Art. VII (Codex austr. Suppl.-Bd., II. S. 49) und die Wechselordnung vom 1. October 1763, Art. III (Codex austr. Suppl.-Bd. IV, S. 452), in gleicher Weise gelehrt.

Bossius behandelte den Gegenstand auf S. 214; ganz besonders ausführlich aber Donner, Bd. III, S. 138, welcher im X. Titel von den weiblichen Rechtsfreiheiten und Wohlthaten geschrieben hat.

Donner zählte zu diesen weiblichen Freyheiten und Wohlthaten das Senatusconsultum Vellejanum, die Authentica, si qua mulier und das stillschweigende Unterpfand der Frau an den Gütern ihres Mannes in Ansehung des demselben zugebrachten Heiratsgutes und Widerlage.

Wollte die Frau einer dieser Rechtswohlthaten entsagen, so mußte, nach seinem Zeugnisse, der Verzicht certiorirt werden; da endlich in einer unbedingten Erbsantretung ebenfalls nach österreichischer Anschauung eine Uebernahme fremder Schulden erblickt wurde, so bildete sich die Praxis heraus, daß auch unbedingte Erbantretungen der Frauenspersonen certiorirt werden mußten.

VIII. Hauptstück.

Vormundschaft des Ehegatten über seine Ehefrau.

1. Einleitung. Rückblick auf das gemeine deutsche Recht.

Wenn auch die Geschlechtsvormundschaft im Allgemeinen in Deutschland sowohl die verheirateten als auch die unverheirateten Frauenspersonen ursprünglich umfaßt hatte, so wäre denn doch die Consequenz ganz falsch, welche aus diesem Satze dahin gezogen werden wollte, daß überall dort, wo die Geschlechtsvormundschaft über unverehelichte Weiber nicht oder nicht mehr bestanden hatte, auch von einer Vormundschaft des Ehemannes über seine Frau keine Rede mehr sein konnte.

Wir werden daher durch das im letzten Hauptstücke gewonnene Resultat — daß das Recht Niederösterreichs mindestens seit dem 16. Jahrhunderte eine Geschlechtsvormundschaft über unverheiratete Weiber nicht gekannt hatte — keineswegs der Mühe überhoben sein, die Untersuchung nach dem Bestande einer ehegattlichen Vormundschaft anzustellen, da ja nach Kraut's Bemerkung auch im anderen Deutschland es vielfach vorgekommen war, daß die Vormundschaft des Ehegatten rechtlich anerkannt war, während sich in denselben Gegenden keine Spur einer anderen Geschlechtsvormundschaft mehr erhalten hatte.

Die Nothwendigkeit einer genaueren Untersuchung ergibt sich aber noch aus einer anderen weitaus triftigeren Erwägung.

Es kann nämlich in keiner Weise geleugnet werden, daß dem Ehemanne mehr oder minder ausgedehnte Rechte und Befugnisse über die Person und über das Vermögen seiner Gattin auch in solchen Ländern zukamen, welchen das Institut der Geschlechtsvormundschaft überhaupt, und der Vormundschaft der Ehegatten insbesondere fremd war, und es ergibt sich somit mit logischer Consequenz die Nothwendigkeit, jene Rechte und Befugnisse des Ehemannes zu trennen und abzusondern, welche ihm nur unter der Annahme einer Vormundschaft über seine Frau zustehen können, da eben das Vorkommen dieser Rechte und Befugnisse allein darüber entscheiden

kann, ob das Recht eines bestimmten Stammes eine solche Vormundschaft anerkannt habe oder nicht.

Es wäre insbesondere gewagt, auf das Vorkommen der Benennung „eheliche Vormundschaft" in einem Rechtssysteme das alleinige oder auch nur das Hauptgewicht zu legen, weil es immerhin denkbar ist, daß sich Befugnisse des Ehemannes erhalten haben, welche allerdings seinem Mundium entstammten, welche aber keineswegs mehr unter diesem Namen bekannt waren.

Fast scheint uns diese Bemerkung eine sehr große Arbeitslast eben in dem Augenblicke aufzuerlegen, in welchem wir uns dem Ende unseres Werkes nahe fühlen; denn in der That, wenn wir gezwungen wären, den Fäden des ehelichen Güterrechtes in Niederösterreich mit aller Genauigkeit nachzugehen, so erwüchse uns schon dadurch allein eine ganz bedeutende Arbeit.

Allein wir könnten uns mit dieser ersten Arbeit nicht begnügen; die Thatsache, daß das eheliche Güterrecht in Oesterreich in seiner geschichtlichen Entwicklung noch gar nicht geschrieben worden ist, würde uns die Pflicht auferlegen, einen Abriß dieses Rechtsinstitutes und seiner historischen Entwicklung an dieser Stelle einzuschalten, bevor wir es versuchen könnten, mit kritischem Auge an die einzelnen Rechtsbefugnisse des Ehemannes nach dem Rechte Niederösterreichs heranzutreten, um zu entscheiden, ob jene Rechte und Befugnisse vorhanden sind oder fehlen, welche die entscheidenden Kriterien der ehelichen Vormundschaft liefern.

Wir werden daher bedacht sein müssen, einen anderen einfacheren und kürzeren Weg zu wandeln, um zu dem gleichen Resultate zu gelangen, da wir namentlich in dem Falle, als die Untersuchung ergäbe, daß das Recht Niederösterreichs eine Vormundschaft des Ehegatten über seine Frau nicht überliefert habe, befürchten müßten, die Geduld unserer Leser auf eine zu große Probe gestellt zu haben, indem wir sie zwangen, einen Weg zu gehen, der, seiner Länge ungeachtet, denn doch nur zu einem negativen Resultate geführt hätte.

Auch hier hilft uns ein Blick in das von gelehrten Männern erforschte deutsche Recht über jene Schwierigkeiten hinweg, welche dem Forscher auf dem Gebiete des österreichischen Rechtes heutzutage noch so sehr entgegenstehen.

Die Forschungen der deutschen Juristen werden uns nämlich leicht in den Stand setzen, die Elemente der deutschrechtlichen Vormundschaft des Ehegatten in kurzen Sätzen niederzulegen; wir werden insbesondere in der Lage sein, anzugeben, welche Rechte und Befugnisse des Ehemannes über die Person und über das Vermögen seiner Frau sich nur aus dem deutschrechtlichen Mundium ergaben, und diese Rechte und Befugnisse des Ehegatten von den anderen zu trennen, welche sich aus der allgemeinen

hausherrlichen Gewalt des Mannes oder aus anderen Gründen erklären.

Kennen wir dann erst die technischen Elemente der deutschrechtlichen Vormundschaft des Ehegatten, dann berechtigt uns die gleiche Wurzel des niederösterreichischen Particularrechtes, an dasselbe die Frage zu stellen, ob es eben jene Rechte und Befugnisse dem Ehegatten zugeschrieben habe, welche sich nur aus seiner vormundschaftlichen Gewalt erklären lassen oder nicht.

Müßte die Frage bejaht werden, dann träte freilich die Nothwendigkeit heran, diese Theile des ehelichen Güterrechtes nach heimischen Quellen genauer darzustellen, wogegen im anderen Falle, wenn es sich ergeben sollte, daß das österreichische Recht die Elemente einer Vormundschaft des Ehegatten nicht überliefert habe, dieses Hauptstück, und mit demselben auch das Werk, sein Ende schnell erreichen müßte.

Gehen wir nun in der That auf die Resultate der Forschung über, welche sich aus dem Studium des deutschen Rechtes ergeben haben, so bestanden — nach Kraut's Behauptung — die Wirkungen der ehelichen Vormundschaft nach dem deutschen Rechte des Mittelalters lediglich darin, daß der Mann seine Frau vor Gericht vertrat, daß dem Manne nach dem Rechte des Sachsenspiegels eine Gewere an dem Vermögen seiner Frau zustand, daß die Frau unfähig war, ohne Einwilligung des Mannes ihr zum Gesammtgut gehöriges Vermögen zu veräußern, und daß der Mann nicht verbunden war, Schulden, welche seine Frau ohne seine Einwilligung auf das Gesammtgut gemacht hatte, anzuerkennen.

Alle anderen Rechte und Befugnisse dagegen, welche nach älterem deutschem Rechte dem Ehemanne über das Vermögen seiner Frau zustanden, lassen sich — wie Kraut gezeigt hat — auf andere Gründe als auf die Vormundschaft des Ehegatten zurückführen.

Dieser Satz gilt zunächst schon von dem Rechte des Mannes, das Gesammtgut zu verwalten; nach Kraut's treffender Bemerkung konnte dieses Recht nicht in der Vormundschaft des Mannes seinen Grund gehabt haben, weil es auf die Frau überging, sobald der Mann wegen seiner Abwesenheit oder aus anderen Gründen gehindert war, diese Befugnisse auszuüben.

In gleicher Weise war es nicht auf dte eheliche Vormundschaft zurückzuführen, wenn einzelne Rechte dem Manne einen Anspruch auf einen größeren Theil der Errungenschaft zugestanden hatten, weil eben dieser größere Anspruch des Mannes seinen Grund in der Annahme hatte, daß der Mann in höherem Maße als die Frau zum gemeinschaftlichen Erwerbe beitrage.

Dem Ehemanne stand zwar niemals ein unbeschränktes Verfügungsrecht über das Vermögen seiner Frau zu; wenn dagegen dem Manne ein beschränktes Veräußerungsrecht in dieser Beziehung zukam, so erklärte es sich abermals blos aus seiner Herrschaft im Hause; kam ihm endlich nach einzelnen Particularrechten ein weiter ausgedehntes Verfügungsrecht über das Vermögen seiner Frau zu, so war es bald aus dem Erbrechte des Ehegatten, bald aus dem Umstande zu erklären, daß der Mann particularrechtlich Eigenthümer des Vermögens der Frau während der Ehe wurde.

Endlich konnte auch die Verbindlichkeit der Frau, die von ihrem Manne contrahirten Schulden nach dessen Tode zu bezahlen — wenn diese Verbindlichkeit überhaupt bestand — niemals als ein Ausfluß der ehelichen Vormundschaft betrachtet werden.

Nach der Reception des römischen Rechtes ließen sich die Systeme des ehelichen Güterrechtes in Deutschland in zwei Hauptarten unterscheiden; das eine System bildete das römische Dotalrecht oder ein an dasselbe sich anschließendes eheliches Güterrecht, und überall, wo sich dieses System eingebürgert hatte, war regelmäßig auch schon die eheliche Vormundschaft untergegangen; das zweite System bildete das eigenthümliche deutsche Güterrecht, welches dem Manne ein Nießbrauchsrecht an dem Vermögen seiner Frau einräumte und ihm theilweise auch ein bald größeres, bald geringeres Verfügungsrecht über die Substanz des Gutes seiner Frau zugestanden hatte.

Ueberall, wo sich auch nach neuem Rechte das deutsche eheliche Güterrecht erhalten hatte, bestanden aber die Wirkungen der ehelichen Vormundschaft auch nach neuem Rechte — nachdem das Institut der Gewere entschwunden war —, ausschließend, wie bereits angeführt, in dem Rechte des Mannes, seine Frau vor Gericht zu vertreten, und in der Unfähigkeit der Frau, ohne Einwilligung ihres Mannes ihr zum Gesammtgut gehöriges Vermögen zu veräußern und Schulden darauf zu contrahiren, welche der Mann anzuerkennen schuldig gewesen wäre.

Nach diesem möglichst kurz gehaltenen Resumé aus dem ehelichen Vormundschaftsrechte Deutschlands [1]) können wir nunmehr auf das österreichische Recht übergehen und uns darauf beschränken, in dessen Quellen nachzuforschen, ob denn auch diese drei technischen Wirkungen der ehelichen Vormundschaft bei uns bestanden haben.

Wir werden uns zunächst der Frage zuwenden, ob der Mann das Recht hatte, seine Frau vor Gericht zu vertreten, beziehungsweise ob die Frau ohne ihren Mann processuale Handlungen

[1]) Kraut II, S. 328—586.

nicht vornehmen durfte; wir werden sodann darauf übergehen, darzustellen, ob und inwieweit das eheliche Güterrecht Niederösterreichs im römischen Dotalrechte begründet war, um nach der eventuellen Beantwortung dieser Frage zu der weiteren zu schreiten, ob die Frau in der Veräußerung ihres Vermögens beschränkt gewesen sei.

Diese ganze Untersuchung wird aber für zwei verschiedene Perioden der österreichischen Rechtsgeschichte getrennt behandelt werden müssen; da nämlich das eheliche Güterrecht bis zu Kaiser Josef's II. Zeiten eine Codification nicht erfahren hatte, so werden wir uns zunächst dem früher nicht codificirten Rechte zuwenden, um zum Schlusse auf das System des Josefinischen Gesetzes zurückzukommen.

Zum Voraus müssen wir aber eben bei diesem Theile unserer Arbeit ganz besonders um die Nachsicht unserer Leser bitten, weil eben der gänzliche Mangel einer entsprechenden Literatur die Erforschung dieses an und für sich schon schwierigen Materiales noch ungleich mühsamer gestaltet.

2. Oesterreichisches Recht.

a) Bis zu Kaiser Josef's II. Gesetzgebung.

Wenn sich eine Vormundschaft des Mannes in dem Befugnisse, seine Frau vor Gericht zu vertreten, manifestiren soll, so muß das Recht des Mannes in dieser Beziehung ein ausschließliches sein, so daß — ganz besondere Fälle abgerechnet — die Frau weder für sich allein, noch auch mit einem anderen Curator, sei es als Klägerin, sei es als Geklagte, auftreten kann, ohne daß hieraus eine unheilbare Nichtigkeit entstünde.

Stellen wir aber an das Recht Niederösterreichs seit dem 16. Jahrhunderte die Frage, ob dem Manne dieses ausschließende Vertretungsbefugniß zugestanden habe, so werden wir mit einem klaren und entschiedenen „Nein" antworten müssen.

An und für sich schon wäre es auffallend, daß das altersmündige, unverehelichte Frauenzimmer selbstständig vor Gericht hätte auftreten dürfen, und daß die Ehefrau von diesem Rechte ausgeschlossen gewesen wäre, da ja doch — wie wir bereits gesehen haben — die Ehefrau durch die Eingehung der Ehe selbst noch vor erreichtem Alter vogtbar wurde.

Zu dem kommt noch, daß die im letzten Hauptstücke angeführte Stelle der Landtsordnung Oesterreichs unter der Enns vom Jahre 1573 ganz insbesondere betonte, „daß, wenn eine Frau sich vor dem vollendeten 20. Lebensjahre in den Ehestand begebe, sie von der Stunde an vogtbar und klagsfähig sei", und es verdient die Zusammenstellung dieser beiden Wirkungen der Ehe volle Beachtung.

Es ist sohin auch ganz erklärlich, daß die ausgezeichnetsten Processualisten Oesterreichs, Schwartzenthaller und Suttinger, von einem solchen Vertretungsbefugnisse des Ehegatten keine Erwähnung machen, da die Frage nach dem Bestande dieses Rechtes in Oesterreich nicht ventilirt werden konnte.

Es hätte auch — wenn ein solches Vertretungsrecht des Mannes in Oesterreich bestanden hätte — nicht fehlen können, daß die Polizeiordnung des Jahres 1552 und die Gerhabschaftsordnung des Jahres 1669 der Vormundschaft der Ehegatten insbesondere gedacht hätten; denn eben in dem mangelnden Befugnisse der Ehegattin, sich vor Gericht selbst zu vertreten oder durch einen von ihr gewählten Machthaber vertreten zu lassen, wäre eine solche Analogie mit der Altersvormundschaft gelegen gewesen, daß Gesetze, welche sich mit dem Vormundschaftswesen überhaupt befaßten, nicht umhin gekonnt hätten, in solchem Falle einer Vormundschaft des Mannes über seine Frau zu gedenken.

Alle diese Argumente berechtigen uns demnach, den Ausspruch zu wiederholen, daß es nach dem österreichischen Rechte unserer Periode kein ausschließendes Befugniß des Mannes gab, seine Frau vor Gericht zu vertreten, daß die Frau selbst vor Gericht als Klägerin und als Beklagte auftreten und einen freigewählten Machthaber bestellen konnte, und daß sich demnach eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Frau in dieser Beziehung nicht vorfand.

Daß das Recht des 17. und 18. Jahrhunderts — bis zum Josefinischen Gesetzbuche — an diesem Zustande nichts geändert hatte, zeigen sämmtliche nachträglich über den Proceß erschienenen zahlreichen Gesetze, ebenso wie die Schriften der Rechtsgelehrten, welche sammt und sonders die vollkommene Handlungsfähigkeit der Frau anerkennen; ja das Patent über Majorennitätsbestimmung, welches den Grundsatz aufhob, daß Frauen durch Eingehung der Ehe volljährig werden, enthielt über diesen Punkt auch keine Bestimmung und gab deutlich zu erkennen, daß zwischen den Befugnissen eines majorennen Mannes und einer majorennen Frau, sich vor Gericht zu vertreten, ein Unterschied nicht obwalte.

Schwieriger ist die Frage, ob sich nicht im ehelichen Güterrechte Niederösterreichs Spuren einer Vormundschaft des Mannes über seine Frau erhalten haben.

Könnten wir mit Bestimmtheit behaupten, daß schon im 16. Jahrhunderte das römische Dotalrecht in seiner ganzen Consequenz in Oesterreich Geltung erlangt habe, dann wären wir allerdings in der Lage, von vorneherein zu schließen, daß von einer ehelichen Vormundschaft nicht die Rede sein konnte.

Nun lehrt zwar auch schon ein nur oberflächliches Studium des österreichischen ehelichen Güterrechtes, daß manche Bestimmun-

gen des römischen Dotalrechtes in Oesterreich frühzeitig recipirt worden waren, andererseits zeigen sich gerade in dieser Materie so viele Elemente des deutschen Gewohnheitsrechtes, daß man auf den ersten Blick erkennt, daß man es mit einer complicirten Rechtsentwicklung zu thun habe.

Ueber das Verhältniß des römischen und deutschen Elementes im österreichischen ehelichen Güterrechte scheint nachstehende Wahrnehmung allerdings einiges Licht zu verbreiten, wenn wir gleichwohl zugestehen müssen, daß die von uns gezogenen Consequenzen lediglich als Hypothesen angesehen werden dürfen, welche einer genauen Erforschung und Durchdringung bedürftig erscheinen.

Die Thatsache, daß nämlich sowohl das römische Dotalrecht, ebenso wie der Begriff der deutschen Gütergemeinschaft und des Gesammtgutes, recipirt worden waren, hat in Oesterreich die bestimmte Gestalt angenommen, daß es nicht nur regelmäßig der Vereinbarung der Contrahenten überlassen blieb, die Vermögensverhältnisse auf die eine oder die andere Weise zu regeln, sondern daß selbst die Dispositivvorschriften, welche den mangelnden Contractswillen ersetzen sollten, sehr spärlich angegeben waren und vielfach den Charakter des gesammten Systems nicht deutlich erkennen ließen.

So sprach schon Walther in erster Linie blos von den durch Stipulationen erzeugten ehelichen Güterrechten; so fand man sich veranlaßt, dem förmlich ausgefertigten Heiratscontracte die einfache schriftlich verfaßte „Abred", ja selbst nur den mündlich geschehenen „Heurathś-Beschluß" an die Seite zu setzen und gleichzustellen, offenbar in dem Bestreben, für die Dispositivbestimmungen des Landtsbrauches den geringsten Raum übrig zu lassen und dieselben vielmehr erst heranzuziehen, wenn es sich um die Erklärung eines in der Verabredung gebrauchten technischen Ausdruckes handelte[1]).

Mit dieser Anschauung stimmt es vollkommen überein, wenn Reutter[2]) es so besonders betonte, „daß in diesem Land (in Oesterreich) die pacta dotalia oder Heurathś-Brieff allhier gar gemein seynd, mit welchen die Leuth, ehe sie die Sponsalia oder

---

[1]) Walther, Tract. III: „Wie es mit Abfertigung der Wittfrauen bey denen vom Adels- und Herrnstand nach Brauch des Erzherzogthums Oesterreich gehalten wird." Cap. I, S. 964; „Es begibt sich oft, daß der Heyraths-Brieff nicht aufgericht worden; wo aber in solchem Fall eine verfertigte Abred fürgebracht werden mag, so hat dieselbe gleichwohl so viel Krafft, als wenn ein verfertigter Heyraths-Brieff vorhanden wäre; wo aber die Heyraths-Abred auch nicht vorhanden und doch der Heyraths-Beschluß durch die Wittib mit lebendigen Zeugniß bewiesen werden könnte, so folgt ihr hernach alles, was ihr vermög eines Heyrathsbrieffes folgen soll."

[2]) Reutter ad Tab. XII, 8, S. 13.

Versprechen halten, wegen zukünftiger Successsion sich zu versichern pflegen", — und nur der Grund, den Reutter für diesen allgemeinen Gebrauch angab, bedarf noch einer etwas genaueren Besprechung.

Reutter behauptet nämlich, daß nur deswegen die Heiratsbriefe hierzulande eine so allgemeine Verbreitung gefunden hätten, weil der Ehefrau ein Erbrecht an dem Nachlasse ihres Gatten und umgekehrt nicht zugestanden habe, vielmehr das Vermögen einer Conperson „deficientibus descendentibus ascendentibus et collateralibus" nicht der überlebenden Conperson, sondern dem Fiscus anheimgefallen sei.

Eben diese Bemerkung Reutter's zeigt denn auch, daß die Dispositivvorschriften, welche Walther noch für den Fall gekannt hatte, falls ein Heiratsbrief nicht errichtet worden war, in Vergessenheit gerathen waren, daß somit der Landtsbrauch, welcher lehrte, daß bei mangelndem Contracte der überlebenden Witwe bald ein Drittheil, bald die Hälfte der fahrenden Habe des Gatten folgen sollte, sich nicht erhalten konnte[3]).

Es stimmt weiter mit dieser Wahrnehmung vollkommen überein, daß es ganz in dem Willen der Contrahenten gelegt war, ob sie getrennte Güter behalten oder ein Gesammtgut beschließen wollten und gerade diese Bemerkung gilt besonders von dem Rechte der Ehegatten in Ansehung der Immobilien.

Der Tractatus de juribus incorporalibus hatte — in Uebereinstimmung mit dem erhaltenen Landtsbrauche — eine vierfache, beziehungsweise dreifache Gewähr (Gewere) an unbeweglichen Gütern anerkannt, welche namentlich im ehelichen Güterrechte eine große Rolle spielen sollten.

Außer dem Falle, wenn Jemand allein an Nutz und Gewere geschrieben wurde, kannte der genannte Tractat noch drei andere Arten der Gewere an Immobilien, wenn dieselben mehreren

---

[3]) Walther Tract. III, Cap. V, S. 967: „Ob ein Heyraths-Brieff aufgericht wird, darinn der fahrenden Haab halber dahin beschlossen, daß es nach Absterben des Hauswirths dem Landts-Brauch nach mit der Fahrnuß gehalten werden soll, so ist in solchem Fall der Landts-Brauch: Wann der Verstorbene zuvor auch ein Weib gehabt, und Kinder, die Söhne oder Erb-Töchter seyn, bei ihr erobert und dieselben hinter ihm verlassen, daß alsdann den Wittfrauen der dritte Theil des verstorbenen Hauswirths fahrender Haab zustehen und folgen solle; wenn der Verstorbene zuvor kein Weib gehabt, oder, da er ein Weib gehabt, und von derselben keine Söhne noch Erb-Töchter vorhanden, so folgt der Wittib halber Theil der Fahrnuß." — Dieselbe Regel ist im Tract. IX, Cap. XIX, S. 972, ausgesprochen, welches Capitel ausdrücklich davon handelt, wie es mit der Abfertigung der Wittfrau gehalten werden solle, wenn kein „Heyraths-Vermächtniß" vorhanden ist; nur ist in dieses Capitel ein offenbarer Druckfehler hineingekommen, da nach demselben auch in dem ersten Falle der Wittwe der halbe Theil der fahrenden Habe folgen soll.

Personen verschrieben werden sollten; es konnte nämlich die Gewere alsdann entweder auf „Mehrere zugleich“ oder auf „die gesambte Hand“ oder auf „Ueberleben“ gestellt werden.

Die Gewere „auf Mehrere zugleich“ konnte sowohl zwischen Eheleuten als auch zwischen anderen Personen errichtet werden, wogegen die Gewere „auf gesambte Hand“ und die Gewere „auf Ueberleben“ nur zwischen Ehegatten möglich waren.

Die Gewere „auf Mehrere zugleich“ bewirkte, daß das Grundstück den Mehreren zugleich zuständig war, und daß der Antheil eines Versterbenden auf seine gesetzlichen oder Testamentserben fiel; bei der Gewere „auf gesambte Hand“ hatte ebenfalls jeder Ehegatte das Recht auf den gleichen Theil, nur stand dem Ueberlebenden der lebenslängliche Fruchtgenuß an dem Antheile des Verstorbenen zu, wogegen aber das Eigenthum dieses Antheiles abermals auf dessen Intestat- oder Testamentserben überging; war endlich die Gewere „auf Ueberleben“ gestellt worden, dann ging das Gut nach dem Ableben des einen Ehegatten auf den anderen über und konnte hierin ein Theil ohne Einwilligung des anderen eine Abänderung nicht treffen[4]).

Ob aber zwischen Ehegatten die Gewere einfach auf beide Ehegatten zugleich, ob sie auf die gesammte Hand oder auf Ueberleben gestellt wurde, das hing abermals vom freien Contractwillen der Ehegatten ab, und es gab keine Dispositivvorschriften, welche bestimmten, was denn eigentlich zu gelten habe, wenn Ehegatten über dieses ihr Verhältniß im Immobiliarbesitze eine Abrede nicht getroffen hatten.

Endlich stimmte es abermals zu unserer Hypothese, daß die alten Grundsätze des deutschen ehelichen Güterrechtes sich nahezu ausschließlich in den Willen der Contrahenten zurückgezogen hatten, und daß die wenigen ursprünglich überlieferten Dispositivvorschriften des Landtsbrauches in Vergessenheit gerathen waren, sowie daß es sich der Satz und Ordnung des Erbrechtes außer Testaments vom 28. Mai 1720 zur Aufgabe setzte, die schon zu Reutter's Zeiten fühlbar gewordene Lücke zu ergänzen und die Nachfolgerechte der überlebenden Ehegatten zu bestimmen, falls ein Testament oder Heiratsvertrag nicht vorhanden war.

Freilich konnte es nach dem gänzlichen Verblassen des Gewohnheitsrechtes nicht anders geschehen, als daß die Lücke, welche im österreichischen ehelichen Güterrechte entstanden war, durch die Reception römisch-rechtlicher Bestimmungen ergänzt wurde, umsomehr, als ja das neue Gesetz überhaupt das Streben zeigte, möglichst das römische Intestaterbrecht dem überlieferten und in vielen Beziehungen schwankend gewordenen Landtsbrauch zu substituiren.

[4]) Tract. de Juribus Incorporalibus vom 13. März 1679, IV. Titel: „Von Grund-Büchern und Gewöhren“, §§. 14—18. Cod. austr. I, S. 589.

Es wurde demnach in diesem Gesetze — neben dem Erbrechte der überlebenden dürftigen Ehegatten [5]) — ein regelmäßiges Erbrecht der Ehegatten oder versprochenen Brautpersonen, im Falle als Blutsverwandte weder in auf- oder absteigender noch Seitenlinie vorhanden wären, neu eingeführt [6]), zugleich aber in den Willen des überlebenden Ehegatten gestellt, sich an den etwa aufgerichteten Heiratsbrief zu halten [7]).

Unter solchen Verhältnissen war es ganz erklärlich, daß es schon im 17., vollends aber im 18. Jahrhunderte allgemeine Rechtsansicht war, daß eine Gütergemeinschaft unter Ehegatten, und ein Gesammteigenthum derselben, nur mehr durch einen Vertrag, und durch eine Heiratsabrede entstehen könne, daß somit die Trennung des Vermögens beider Ehegatten in allen jenen Fällen angenommen werden müsse, in welchen nicht ein Contract etwas Anderes bestimmt hatte; und in der That bestätigte schon Vossius, daß eine Gütergemeinschaft nur noch durch einen Vertrag erzeugt werde, wiewohl er auch sehr stark betonte, daß namentlich bei den Bürgern ein solcher Vertrag meist in Gebrauch sei und stets mit den Worten: „Was wir erben und erwerben, solle gleiches Gut sein", aufgerichtet werde [8]).

Resumiren wir demnach unsere Hypothese mit kurzen Worten, so läßt sich dieselbe dahin fassen, daß das römische Dotalrecht, als es nach Niederösterreich eindrang, keineswegs schon die überlieferten deutschrechtlichen Grundsätze über den Haufen warf, daß aber die Dispositivvorschriften deutschrechtlichen Ursprunges im ehelichen Güterrechte immer mehr verblaßten; daß die Regel, daß namentlich das in der Ehe erworbene Gut ein Gesammtgut beider Ehegatten bilde, blos mehr durch den Willen der Contrahenten aufrechterhalten werden konnte, und daß in Folge dieses Verblassens des Gewohnheitsrechtes angenommen wurde, daß bei mangelndem Vertrage jeder Theil in der Ehe sein eigenes Vermögen behalte und für sich erwerbe.

Wir glauben durch diese Hypothese der Lösung der Aufgabe selbst um einen bedeutenden Schritt näher gekommen zu sein.

Denn wenn es lediglich durch den freien Entschluß der Ehegatten bewirkt werden konnte, ob die Güterrechte in währender Ehe diese oder jene Gestalt annahmen, ob insbesondere Gütertrennung oder Gütergemeinschaft bestehe, dann mangelte es ja an dem Objecte einer ehelichen Vormundschaft, da eine gesetzliche Beschränkung des Veräußerungsrechtes der Frau undenkbar war,

---

[5]) Erbrecht außer Testament, XIV. Titel, §. 3.
[6]) Ebenda, §. 1.
[7]) Ebenda, §. 2.
[8]) Vossius, S. 262—270, namentlich S. 269.

ſobald es lediglich von ihrem Willen abhing, die ſämmtlichen ehelichen Güterrechte ſo oder anders einzurichten.

Zudem beſitzen wir aber eben im Tractatus de juribus incorporalibus ein ausdrückliches Zeugniß, daß die Frau ſelbſt in Anſehung der Dispoſition über ihre unbeweglichen Güter durch den Willen des Mannes entweder gar nicht beſchränkt war, oder daß, falls eine Gemeinſchaft des Eigenthumes, oder richtiger eine auf beide Ehegatten geſtellte Gewere, Beſchränkungen in der Veräußerung der Güter zur Folge hatte, dieſe Beſchränkungen den Mann und die Frau auf gleiche Weiſe trafen.

Denn hatten Ehegatten die Gewere der unbeweglichen Güter auf Beide zugleich geſtellt, dann war es nach dieſem Geſetze zwar keinem Ehegatten geſtattet, bei Lebzeiten des Anderen, ohne deſſen Vorwiſſen und Willen, ſeinen Theil durch Verkauf, Tauſch, Verſatz oder anderen Contract zu veräußern; aber es durfte auch kein Theil den anderen ohne erhebliche Urſache an einer ſolchen Dispoſition hindern, und die Perſonalinſtanz beider Ehegatten hatte über einen nicht auszugleichenden Widerſpruch beider Theile zu entſcheiden.

War dagegen die Gewere auf geſammte Hand oder auf Ueberleben geſtellt, dann hatte gar kein Theil ein Dispoſitionsrecht unter Lebenden über den ihm gehörigen Antheil, und ſelbſt eine Beſtimmung auf den Todesfall war nur in dem erſten Falle zuläſſig [9]).

Durch dieſe Grundſätze war aber klar ausgeſprochen, daß das Veräußerungsrecht der Frau durch den Willen des Mannes in keiner Weiſe mehr beſchränkt war, als dies umgekehrt in Anſehung des Veräußerungsrechtes des Mannes vorgeſehen war, daß ſomit — mindeſtens ſeit dem Tractatus de juribus incorporalibus — auch von dieſer weiteren Wirkung der ehelichen Vormundſchaft im öſterreichiſchen Rechte nicht die Rede ſein konnte.

Es bleibt uns demnach nur noch übrig, zu unterſuchen, ob nicht etwa die Rechtsquellen vor dem Tractatus de juribus incorporalibus eine ſolche Beſchränkung der Ehefrau in Anſehung der Veräußerung ihres Vermögens anerkannt haben, und da Walther's Tractatus aureus in dieſer Beziehung einen hinreichenden Aufſchluß nicht gewährt — weil er lediglich die Wirkungen des ehelichen Güterrechtes nach erfolgter Auflöſung der Ehe behandelt — werden wir uns in dieſer Beziehung lediglich an das Zeugniß der Landtsordnung Oeſterreichs unter der Enns zu halten haben.

Aber auch die niederöſterreichiſche Landtsordnung läßt nicht ſchließen, daß eine eheliche Vormundſchaft beſtanden habe, wenngleich an einer Stelle der Ehemann als „ſeiner Frau vollmächtiger

[9]) Tract. de Juribus Incorporalibus a. a. O.

Ehevogt" bezeichnet wurde [10]); namentlich war es in Ansehung der oberen Stände bestimmt, „daß, was eine Frau über ihr vermachtes Heirathsgut ihrem Ehemanne zubringe, es sei gleich liegend oder fahrend, deßgleichen was sie in währender Ehe erworben, daß sie mit allem diesem — nichts ausgenommen — gegen ihren Ehemann unverbunden und frei sei, und damit im Leben und Sterben ungehindert handeln, thun und lassen möge, nach ihrem Willen und Wohlgefallen" [11]).

Daß der Ehegatte die Fruchtnießung des zugebrachten und vermachten Heiratsgutes hatte, und daß es der Frau nicht zustand, während der Dauer der Ehe eben diese Heiratsgüter ohne Willen ihres Mannes zu veräußern, war nur ein Ausfluß der dem Manne an der dos zustehenden Rechte, so daß sich auch in dieser Beziehung Spuren einer ehelichen Vormundschaft nicht vorfanden [12]).

Wenn endlich, wie gesagt, der Ehemann als „seiner Ehefrau vollmächtiger Ehevogt" bezeichnet wurde, so geschah dies in dieser Landtsordnung nurmehr zu dem Zwecke, um das Verwaltungsrecht des Ehemannes an den von der Frau eingebrachten — nicht zum Heiratsgute gehörigen — Gütern zu bezeichnen.

Daß aber das Verwaltungsrecht des Mannes auch in Deutschland nicht zu den Rechten gehörte, welche aus der ehelichen Vormundschaft abzuleiten waren, haben wir schon oben gesehen, wozu noch kommt, daß die Landsordnung Oesterreichs unter der Enns es der Frau ausdrücklich vorbehalten hatte, dieses Verwaltungsrecht ihrem Manne abzunehmen.

Da somit das Recht Niederösterreichs seit dem 16. Jahrhunderte bis zu seiner ersten Codification weder ein ausschließendes Recht des Ehegatten, seine Frau vor Gericht zu vertreten, gekannt hatte, noch die Frau in Ansehung der Veräußerung des Gesammtgutes an die Einwilligung ihres Mannes in einem höheren Grade gebunden war, als dies umgekehrt auch in Ansehung des Mannes der Fall war; da endlich, wie wir gesehen haben, eine Gütergemeinschaft in Oesterreich unter Ehegatten immer erst in Folge einer besonderen Verabredung entstehen konnte und auch in Ansehung der Errungenschaft niemals als unmittelbare Rechtswirkung der Ehe angesehen wurde, so können wir nunmehr behaupten, daß bis zum Josefinischen Gesetzbuche eine Vormundschaft des Ehemannes über seine Ehefrau dem österreichischen Rechte fremd war, und daß, wenn

---

[10]) N.-ö. Landtsordnung II. Buch, 28. Titel. „Von Heurathsgütern, Widerlegung ꝛc.", Fol. 195. Die bezogene Stelle ist auf Fol. 203v.

[11]) Ebenda, Fol. 198v.

[12]) Ebenda, Fol. 202v.

sie früher allgemein bestanden, ihr Bestand sich schon im 16. Jahrhunderte bis zur gänzlichen Unkenntlichkeit verwischt hatte [13]).

Daß auch Ehefrauen der Rechtswohlthat des Senatusconsultum Vellejanum sich erfreuten, ja daß die ebenfalls in Oesterreich recipirte Authentica „Si qua mulier" sich ausschließlich auf Ehefrauen bezog, haben wir schon im letzten Hauptstücke gesehen, aber auch schon an dieser Stelle hervorgehoben, daß diese partielle Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Frauen eine Analogie mit der Vormundschaft nicht zuläßt.

b) Nach dem Josefinischen Gesetzbuche.

Das Josefinische Gesetzbuch enthielt zunächst die Bestimmung, „daß der Mann über das Weib eine Art von Gewalt erwerbe, und daß er seine Frau gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten habe" [1]).

Allein daß hiedurch eine eheliche Vormundschaft nicht begründet werden wollte, ergibt sich sowohl aus der Textirung dieser Stelle, als auch aus dem Zusammenhange derselben mit dem übrigen Systeme des ehelichen Güterrechtes.

Zunächst bezeichnet schon der Ausdruck, daß der Mann „eine Art Gewalt" über seine Frau erlange, wohl nichts Anderes, als den Inbegriff jener ehelichen Rechte, welche wohl alle Gesetze dem Manne in der Ehe zuerkannten, und natürlicherweise auch solche Gesetze, denen das Institut einer ehelichen Vormundschaft gänzlich fremd geblieben ist.

Sodann ist in der bezogenen Stelle nur von einer Pflicht des Mannes die Rede, seine Frau gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten; und daß diese Pflicht nicht etwa in einem ausschließenden Rechte des Mannes ihre Wurzel hatte, ergibt sich aus der einfachen Erwägung, daß die Frau — wie wir später sehen werden — die Verwaltung des Vermögens ihrem Manne abnehmen und dieselbe — und hiemit auch die Vertretung vor Gericht — einem Anderen übertragen konnte.

Gegen den Bestand einer ehelichen Vormundschaft im Systeme des Josefinischen Gesetzbuches spricht sodann die Thatsache, daß das Vermögen der Ehegatten durch die Ehe als solche keine Veränderung erlitt und die beiderseitigen Vermögen — von besonderen Verträgen abgesehen — getrennt blieben.

In dieser Beziehung hatte das Josefinische Gesetzbuch nicht nur angeordnet, daß jedem Ehegatten sein Vermögen — so-

---

[13]) Siehe Hasenöhrl: Oesterreichisches Landesrecht, S. 100: „Eherechtliche Bestimmungen", wo das Mundium des Mannes wiederholt hervorgehoben wird.

[1]) Josefinisches Gesetzbuch, III. Hauptstück, §. 47.

wohl das, was er vor der Ehe gehabt, als was ihm nachher zugekommen — allein eigen bleibe, ohne daß der andere Ehegatte auf dasselbe einen Anspruch machen konnte [2];“ sondern es war noch die weitere Verfügung getroffen worden, daß jedem Ehegatten die freie Verwaltung seines Vermögens gebühre, in welcher er von dem anderen Ehegatten nicht beirrt werden könne [3].

Es muß ferner hervorgehoben werden, „daß das römische Dotalrecht in erster Linie recipirt worden ist, und daß die Rechte der Ehegatten in Absicht auf Heiratsgut und Widerlage diejenigen sind, auf deren Präcisirung im Gesetze alle Sorgfalt verwendet wurde“ [4].

Damit stimmt es vollkommen überein, daß eine Gütergemeinschaft unter Ehegatten — entsprechend dem überlieferten österreichischen Rechte — nur durch einen besonders darauf gerichteten Vertrag begründet werden konnte, so daß abermals in diesem Gesetze das gesammte eheliche Güterrecht auf den Willen der Contrahenten zurückgeführt worden war, ohne daß irgend welche Dispositivvorschrift getroffen war, welche besondere Bestimmungen darüber enthielt, welche Veränderungen in dem Vermögensrechte der Ehegatten schon durch die Eingehung einer Ehe selbst entstehen [5].

Ja noch mehr: da das Heiratsgut und Widerlage sowohl, als die Gütergemeinschaft nur dem Contracte der Ehegatten entsprangen, so ergab sich für den Fall, als weder das Eine noch das andere ausdrücklich stipulirt worden war, die Consequenz, daß die Vermögensrechte der Ehegatten durch die Eingehung der Ehe gar keine Veränderung erlitten, eine Bestimmung, welche freilich nur dadurch unschädlich wurde, daß eben die Heiratsverträge nahezu in allen Fällen geschlossen wurden, und somit für das Eintreten von Dispositivbestimmungen factisch wenig Raum offengelassen worden war.

Die Ehegattin konnte ihrem Manne sowohl die Verwaltung als auch die Nutznießung ihres Vermögens überlassen [6]; da sie selbst in diesen Fällen nicht verhindert war, ihre Sachen zu veräußern [7], so ergibt es sich von selbst, daß umsoweniger von allgemeinen Veräußerungsbeschränkungen der Frauen im Josefinischen Gesetzbuche die Rede sein konnte.

Daß dem Manne das Recht zustand, auf das Vermögen der Frau selbst dann Obacht zu nehmen, wenn sie ihr Vermögen

---

[2] Josefinisches Gesetzbuch, III. Hauptstück, §. 83.
[3] Ebenda, §. 84.
[4] Ebenda, §§. 51—81.
[5] Ebenda, §§. 92—97.
[6] Ebenda, §§. 85—91.
[7] Ebenda. §. 91.

ſelbſt verwaltete, und daß ihm namentlich im Falle, als Kinder aus der Ehe vorhanden waren, die Pflicht oblag, einer Verſchwendung und Zerſplitterung des Vermögens durch die Frau zuvorzukommen, erſcheint ebenfalls als bloßer Ausfluß der hausherrlichen Gewalt des Ehegatten.

Und wenn weiter vorgeſchrieben worden war, daß das Gericht in ſolchen Fällen der Frau die Verwaltung ihres Vermögens abnehmen und dieſelbe ihrem Manne oder einem Anverwandten oder gar einem Fremden auftragen konnte, ſo ließ ſich auch darin keine Spur einer ehegattlichen Vormundſchaft erkennen, ſowohl ſchon deswegen, weil es von dem Ermeſſen des Gerichtes abhing, ob dasſelbe die Verwaltung des Vermögens dem Ehegatten übertragen wollte, als auch aus dem weiteren Grunde, weil nach der Vorſchrift dieſes Geſetzes ſodann auf eben jene Art vorzugehen war, wie dies in Anſehung der entmündigten Perſonen vorgeſchrieben worden war, mithin die Sorge des Mannes für ſeine Frau in dieſem Falle lediglich nach Analogie der cura prodigi angeſehen werden konnte.

Da ſonach auch nach dem Joſefiniſchen Geſetzbuche das ausſchließende Befugniß des Ehegatten zur Vertretung ſeiner Frau vor Gericht nicht recipirt worden war, und die Gattin in Anſehung der Veräußerung ihres Vermögens an eine Einwilligung ihres Mannes nicht gebunden war, ſo ſind wir zu dem Schluſſe berechtigt, daß auch im Joſefiniſchen Geſetzbuche eine Spur einer eheherrlichen Vormundſchaft nicht zu entdecken iſt.

Zusätze und Berichtigungen wichtiger Druckfehler.

Auf Seite 16 Zeile 33 von oben lies: „Finsterwalder" statt „Finsterwälder".
„ „ 16 „ 50 „ „ „ „digestus" statt „digistus".
„ „ 17 „ 28 „ „ „ „Cremifanencis" st. „Cremisanensis".
„ „ 20 „ 29 „ „ „ „noch" statt „recht".
„ „ 23 „ 43 „ „ „ „läftig" statt „läſſig".

Zu Seite 37: Für die Altersstermine im österreichischen Rechte ist besonders zu vergleichen das sorgfältig gearbeitete Werk: „Oesterreichisches Landesrecht im 13. und 14. Jahrhundert" von Dr. Victor Hasenöhrl, Wien 1867, S. 106—109; insbesondere ist in diesem Werke schon das hohe Alter des particulär vorkommenden Mündigkeitsalters von 18 Jahren bezeugt, ein Umstand, welcher das oftmalige spätere Zurückgreifen auf diesen Altersstermin erklärt.

„ „ 40 Zeile 2 ist besonders lex 2, Cod. II. 45 zu vergleichen.
„ „ 49 „ 18 ist auf S. 190, Anm. 25 dieses Werkes, zu verweisen.
Auf „ 61 „ 10 lies „präceptiver" statt „präcipitiver".
Zu „ 74 „Rechtsgrund und Delation der Altersvormundschaft" ist besonders Roth: „Bayrisches Civilrecht", I. Bd., S. 483 ff., zu vergleichen.
„ „ 96 ist zu vergleichen Roth a. a. O., S. 495.
„ „ 113 in fine: Siehe §. 760 a. b. G. B.
Auf „ 115 Zeile 22 ist vor dem Worte „die" das Anführungszeichen „ einzuschalten.

Mit diesen Anführungszeichen bin ich etwas spärlich umgegangen, weil mein Streben, mit Quellenworten zu reden, mich genöthigt hätte, allzuoft von diesem Zeichen Gebrauch zu machen. Der Leser wird in solchen Fällen wohl im Stande sein, die Quellenworte von meinen eigenen zu trennen, wozu die Berufung auf die Note wohl meist hinreicht; es können demnach die alten Redewendungen und Ausdrücke auch dort, wo das Anführungszeichen fehlt, nicht auf meine Rechnung gesetzt werden.

Auf „ 119 Z. 16 lies „Recht oder Richter" statt „Recht der Richter".
Zu „ 120 Z. 17 Confirmation und Bestellung der Vormünder fielen nach der Reichspolizeiordnung nicht in einen Act zusammen, weil die Bestätigung nach der damaligen Einrichtung von einer anderen Behörde als die Ernennung ausging. Siehe Roth a. a. O. S. 497, insb. Note 18.
Auf „ 138 Z. 31 ist hinter dem Worte „Freundschaft" das Wort „genommen" einzuschalten.
„ „ 143 Z. 15 und 16 sind hinter dem Worte „Abhandlung" die Worte „des Nachlasses" einzuschalten.

Zu Seite 150 ist zu bemerken: Stubenrauch in seinem Commentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche bemerkt vollkommen falsch zu §. 205, daß der Eid des Vormundes durch das Hofdecret vom 12. April 1787, Nr. 662 J. G. S., abgeschafft wurde. Gerade das Gegentheil davon ist wahr, indem dieses Hofdecret den im §. 49 des Jos. G. B. normirten Eid ausdrücklich aufrechterhalten hat. Stubenrauch wurde zu diesem Irrthume durch ein Mißverständniß von Zeiller's Commentar I, S. 435, veranlaßt, indem er das Citat in der Note auf das Wort „abgeschafft" statt auf die Worte „vormals übliche" bezog.

„ „ 164 Z. 22 von oben' vgl. Nov. 71, Cap. 8 i. f.

Auf „ 203 Z. 5 von unten ist hinter dem Worte „contrarium" das Wort „tutelae" einzuschalten.

„ „ 221 Note 16 Z. 13 von unten lies „eine" statt „keine".

Zu „ 243 soll die innerhalb der Anführungszeichen von Zeile 5 bis 9 stehende Stelle folgendermaßen lauten: „daß jede Obrigkeit, so sich der völligen Administration seines Pupillens außer Ersetzung einiges Gerhabens annehme, denen Pupillen das Ihrige in Hauptsumma, Interessen und Schaden gut zu machen schuldig sei".

Auf „ 248 Z. 22 lies „währender" statt „nährender".

„ „ 253 Z. 11 „glossirte" statt „glossirt".

Zu „ 275 Absatz 2 ist zu vergleichen Roth a. a. O., S. 516 u. ff.

„ „ 282 Z. 12 sind vor dem Worte „Regierung" die Worte „niederösterreichische" einzuschalten.

„ „ 292 Note 1 Z. 2 lies „bürgerlichen Gesetzbuches" statt „betreffenden Gesetzes".

Auf „ 295 Z. 11 von oben lies „wird" statt „würde".

„ „ 298 Note 9 Z. 3 lies „Jellenz" statt „Jelleny".

„ „ 305 Z. 16 lies „einer" statt „eine".

„ „ 310 Z. 9 lies „accusatio" statt „excusatio".

„ „ 313 Note 9 lies „S. 516" statt „S. 576".

„ „ 335 Note 3 Z. 12 ist der sinnstörende Punkt hinter dem Worte „testatur" zu streichen.

„ „ 338 Z. 6 soll es heißen: „den Mündel aber unter die privilegirten Chirographargläubiger des Vormundes zu stellen" und ist die sechste Zeile ganz und die siebente Zeile bis zu dem Worte „stellen" zu streichen.

Auf derselben Seite Zeile 25 von oben ist das Wort „bei" zu streichen.

„ „ 347 Z. 2 von oben lies „wirdt" statt „wirde".

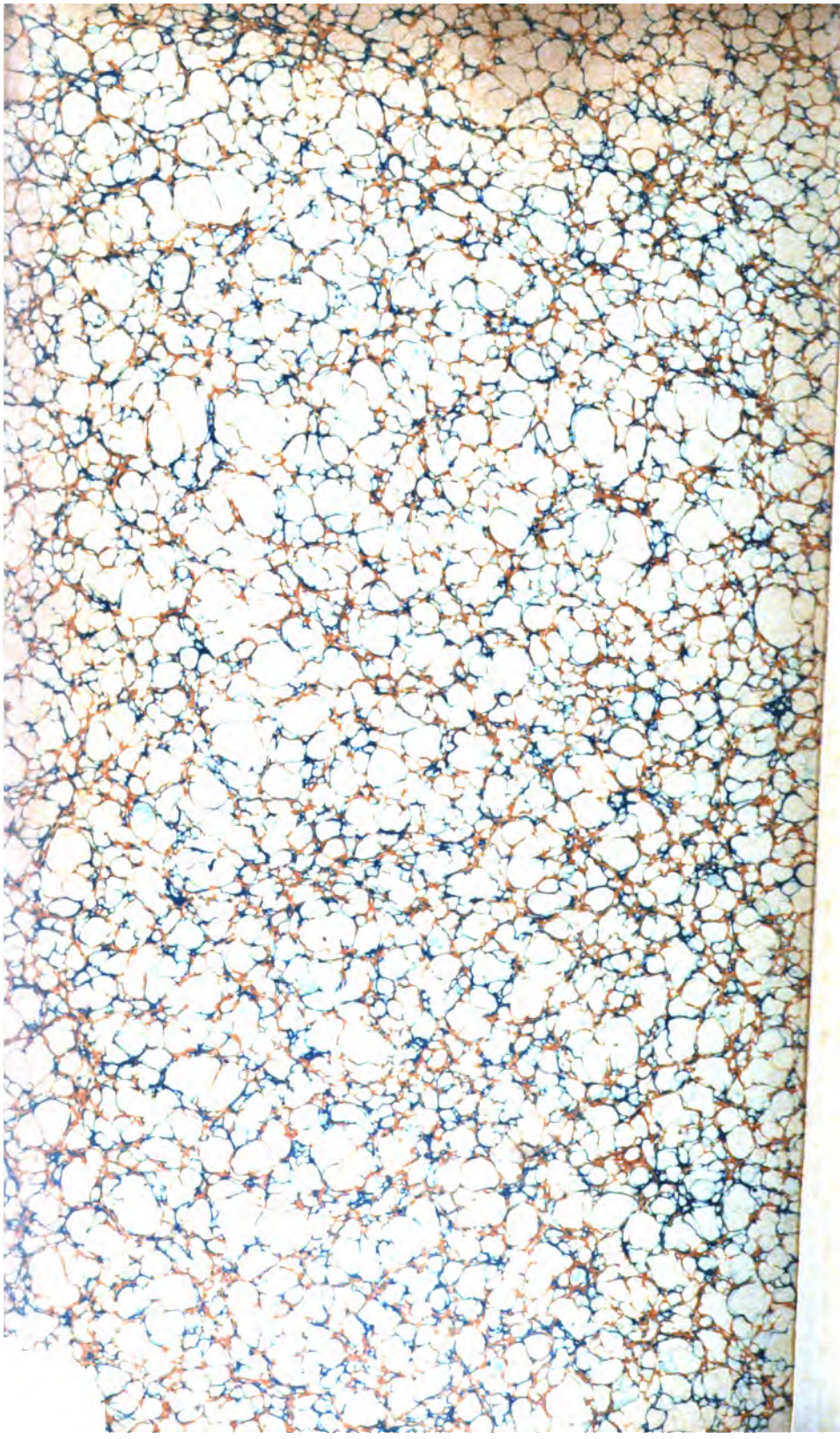
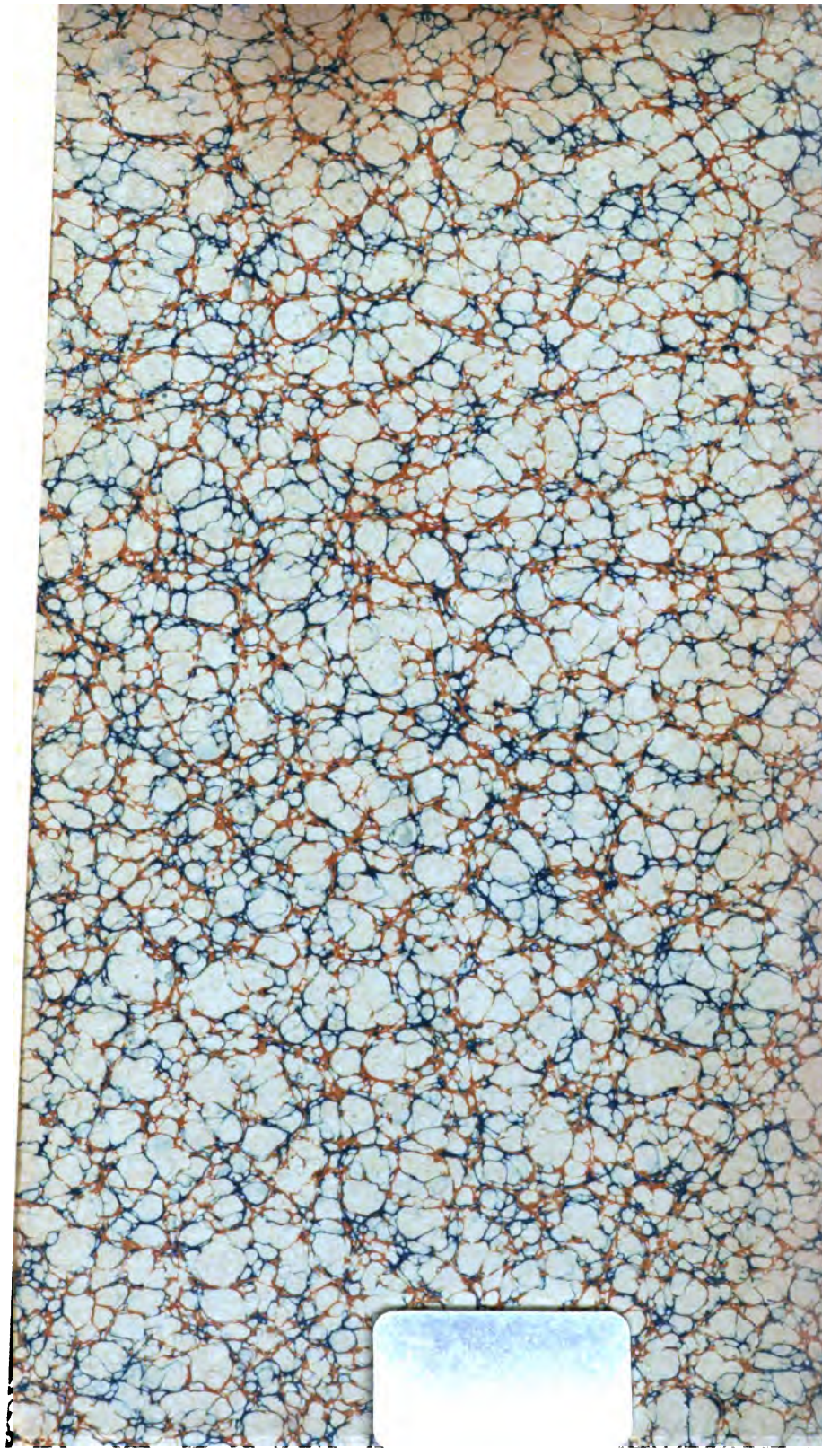
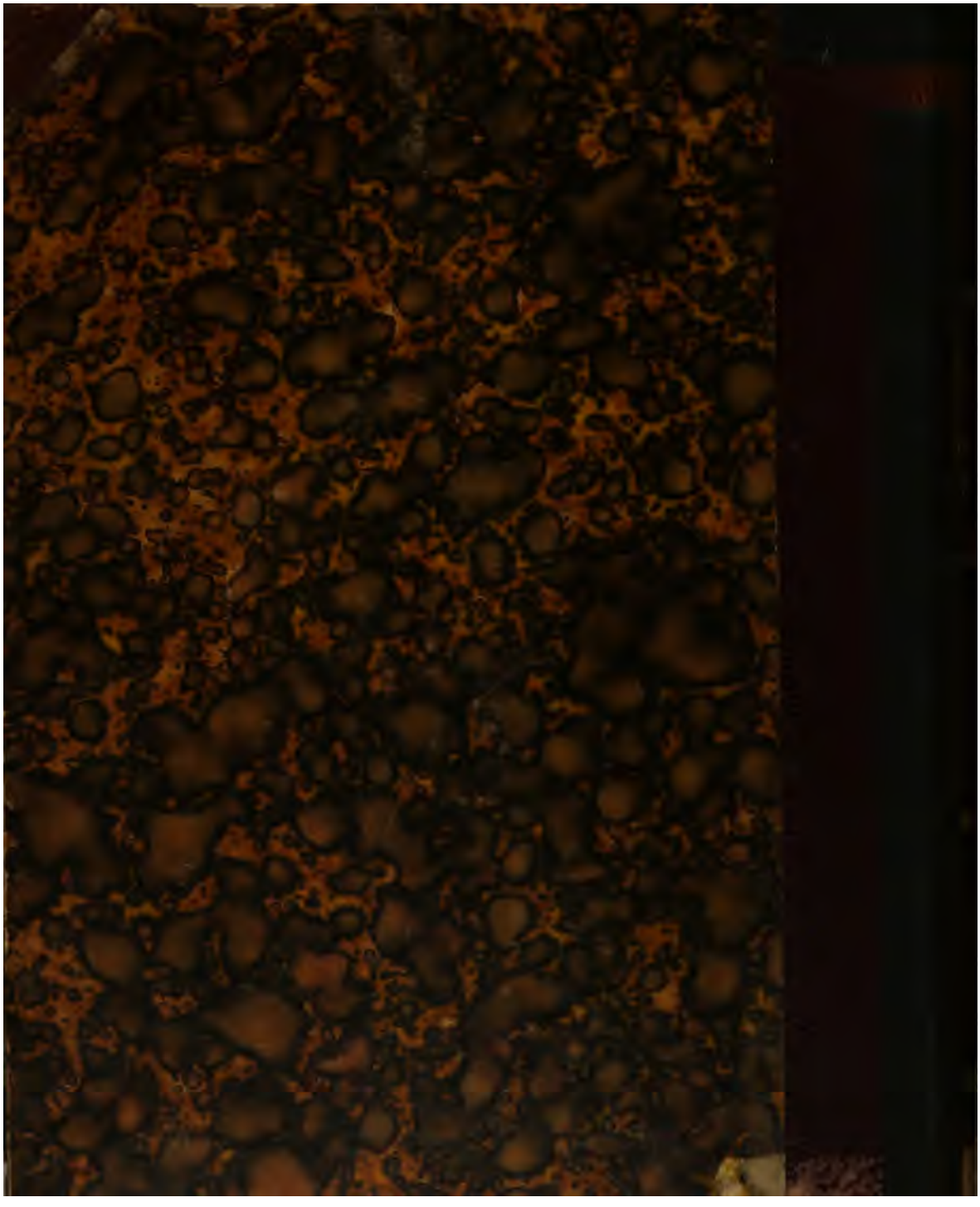
„ „ 369 Z. 28 von oben lies „ihren" statt „Ihr".

„ „ 375 Zeile 22 ist das Wort „aber" zu streichen.

„ „ 381 Note 8 Z. 4 lies „wiedergegeben" statt „ausgegeben".

„ „ 399 Z. 5 von oben lies „unvogtbar" statt „ungevogten".

„ „ 405 Z. 4 von oben lies „Unvogtbarkeit" statt „Vogtbarkeit".

„ „ 423 Note 11 Z. 2 von unten lies „medio" statt „mediot".

K. k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme in Wien.